

CAPÍTULO XXVII

DESENCUENTROS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS

Por MARIO REJTMAN FARAH

SUMARIO

I. <i>Introducción</i>	485
II. <i>El pliego como ley del contrato</i>	487
III. <i>El principio de igualdad</i>	490
IV. <i>La licitación pública como procedimiento general de selección del contratista estatal</i>	493
V. <i>La responsabilidad de los funcionarios públicos en materia de contrataciones</i>	496
VI. <i>El principio de concurrencia</i>	497
VII. <i>La publicidad de las actuaciones</i>	498
VIII. <i>La necesidad que las contrataciones públicas sean transparentes</i>	502
IX. <i>Las contrataciones públicas y la participación ciudadana</i>	504
X. <i>Abrir nuevas discusiones. A modo de conclusión</i>	505

Capítulo XXVII

DESENCUENTROS ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS^{1, *}

Por MARIO REJTMAN FARAH

I. Introducción

Al momento de definir el título de este trabajo vacilamos respecto a si debíamos formularlo como un interrogante. Temimos incurrir en una imprudente generalización o exageración. Pero debemos admitir que la administración pública nos presenta un panorama bastante desolador cuando, con contumaz rebeldía, ignora en materia de contrataciones públicas, la fuerza de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (En adelante, indistintamente, CSJN o Corte Suprema.)

Tal vez esta conducta no se refiere ni es sólo patrimonio exclusivo de esta materia. El comportamiento de la administración pública luego de dictadas por el Máximo Tribunal las sentencias recaídas en la causa *Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios*² respecto al reajuste o movilidad de las jubilaciones o la dictada en autos *Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros*³ con relación al saneamiento del Riachuelo constituyen, en este sentido, una señal de alerta en la misma línea a la expuesta en el presente trabajo. Es una moderna versión de Hernán Cortes, cuando alzando sobre su cabeza la real cédula recibida de la Junta de Valladolid, afirmó que aquélla, aunque se acataba, no se cumplía.

¹ Publicado originalmente en Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Anivesario, La Ley, 2010, p. 197.

* La verdad se vuelve inverosímil con el paso del tiempo. Se aleja, y entonces parece fábula, o ya no más la verdad. A mí mismo me parecen ficticios episodios que yo he vivido. (JAVIER MARÍAS, “Tu rostro mañana, Fiebre y Lanza.”)

² CSJN, *Fallos*, 329: 3089 y 330: 4866.

³ CSJN, *Fallos*, 329: 2316.

Esta frecuente inobservancia, desconocimiento o violación de la doctrina judicial emanada de las sentencias dictadas por la CSJN constituye un nada despreciable testimonio de la conflictiva relación entre prácticas y normas, situación a la que se han referido diferentes autores,⁴ ignorándose así el rol que tiene el Poder Judicial como garante del mantenimiento de la ley.

La entidad de las interpretaciones efectuadas en diferentes materias por la CSJN es una cuestión no discutida en el ámbito del derecho administrativo, en tanto aquéllas constituyen, dado su origen, un modo privilegiado de concebir las regulaciones en materia de contratos públicos, con un innegable carácter imperativo. Afirma AGUSTÍN GORDILLO que “[...] la jurisprudencia no es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales.”⁵ No es poco.

El derecho es una práctica social discursiva y las resoluciones de la Corte Federal, interpretándolo y aplicándolo, no son solo palabras. Nuestro propósito es analizar a partir de ello qué grado de influencia tienen o han tenido dichos pronunciamientos al momento en que la administración pública regula o resuelve aspectos relacionados con la contratación administrativa o al momento de seleccionar a un contratista estatal o en oportunidad de celebrar o ejecutar un contrato administrativo. En otras palabras analizar si resultan operativos o si funcionan en la realidad, la doctrina o las interpretaciones que surgen de la jurisprudencia de la CSJN y de qué modo han sido receptados por la administración pública algunos de los principios que emanan de sus fallos.

La conducta de ésta al momento de resolver cuestiones diversas vinculadas a las contrataciones públicas refleja la escasa incidencia que los fallos del Máximo Tribunal tienen sobre aquélla. Hemos seleccionado algunos ejemplos que pueden resultar muestra suficiente para fundar esta afirmación. Muchos tomados de la propia regulación de los contratos administrativos que a través del decreto delegado 1023/01 efectuara el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la delegación legislativa prevista en la Ley N° 25.414.

⁴ El fenómeno de la desobediencia legal ha sido analizado minuciosamente por CARLOS NINO en su señero trabajo *Un país al margen de la ley: un estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1995. También AGUSTÍN GORDILLO ha expuesto con notable precisión diversas notas de un parasistema administrativo que corre por caminos diferentes a las normas que lo regulan. Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, “*La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*,” Madrid, Civitas, 1982, 1ª ed., Madrid, Civitas, 2001, 3ª reimpresión. Nos hemos referido también a estas contradicciones en REJTMAN FARAH, MARIO, “Un país sin ley ni justicia” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, p. 177 y ss. y más recientemente, desde otra perspectiva, en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 1-22.

⁵ Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., cap. VII-43.

II. El pliego como ley del contrato

Toda la actividad administrativa está sujeta a la ley. Los pliegos que rigen una contratación administrativa adquieren, analógicamente, tal carácter. La obligación de someterse al orden jurídico hace inaplicable a los contratos administrativos el principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho privado. Sobre todo ello ha hecho hincapié la Corte Suprema, entre otros precedentes, en la causa *Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos*⁶ al resolver que en esta materia se excluye la posibilidad que se introduzcan, a través de los pliegos o de circulares aclaratorias, previsiones que se aparten de las normas que rigen el procedimiento.

Una de las consecuencias más relevantes de lo expuesto es que la administración no tiene libertad para determinar, más allá de la ley, el contenido de los contratos o para establecer las obligaciones que de él pueden derivarse.⁷

En el mencionado precedente se sentó la doctrina conforme la cual “en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la administración... se halla[n] sujeta[s] al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes...”

Ello obliga a la administración no sólo a cumplir con la ley sino a aplicarla e interpretarla en forma razonable consecuencia, además, de la garantía del debido proceso sustantivo que exige, como lo contempla la Constitución Española, que esté asegurado “el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”⁸

El Máximo Tribunal ratificó en la causa *S.A. Organización Coordinadora Argentina c/Secretaría de Inteligencia de Estado*,⁹ en el sentido aquí indicado, que los contratos administrativos se encuentran subordinados a una legalidad imperativa.

En virtud de este principio, la administración sólo debe hacer pues lo que le está permitido por la ley pues de lo contrario su actuación lesiona la seguridad jurídica que el derecho debe preservar. Ninguna actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa de la potestad correspondiente para producirla.¹⁰

⁶ CSJN, *Fallos*, 316: 3157.

⁷ Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, *op. cit.*, p. 43 y ss.

⁸ Conforme la Constitución Española de 1978, Título Preliminar, art. 9 apartado 3.

⁹ CSJN, *Fallos*, 321: 174.

¹⁰ Una de las aristas de esta cuestión, y algunas de las consecuencias que de ella se derivan, puede verse en MAIRAL, HÉCTOR, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en AA.VV., GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires,

En la causa *Serra Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*¹¹ la Corte Suprema había ya sentado este principio, conforme el cual la administración está “positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa.” También se había referido a esta cuestión en la causa *Naveiro de la Serna de Lopez H.*¹² y en uno de los votos recaídos en la causa *Credimax S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/nulidad de resolución*¹³ donde se sostuvo que el principio de legalidad “importa la vinculación y sujeción de la administración pública al bloque de la legalidad.”

Tal como también lo dijera, a través del voto de la mayoría en la causa *Cadipsa S.A. c/Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo*¹⁴ para que un derecho encuentre fundamento es menester que su contenido se ajuste a los principios generales de la materia y para indagar tal condición debe tenerse presente que la integración de los contratos administrativos presupone la subordinación de sus disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias pertinentes.

Finalmente, en similar sentido al hasta aquí expuesto, la Corte Federal resolvió en la causa *El Rincón de los Artistas c/Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas s/ordinario*¹⁵ que “los contratos públicos están sujetos a contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos y que, en consecuencia, no resulta legítimo en las bases del llamado a licitación insertar cláusulas que no respeten las disposiciones vigentes.”

Ahora bien, cabe preguntarnos, tal como lo propone AGUSTÍN GORDILLO,¹⁶ a qué nos estamos refiriendo cuando mencionamos al principio de legalidad y qué ocurre en la realidad.

Sobrados casos muestran el escaso acatamiento que con frecuencia ha tenido la mencionada y reiterada doctrina jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal al respecto.

Así, pese a la flagrante violación al principio de defensa en juicio, a principios y normas que regulan al procedimiento administrativo en general y al de selección del contratista público en particular y a la ausencia total de potestad legal o reglamentaria que habilite a hacerlo, ha sido práctica habitual exigir como

La Ley, Mayo 2004, p. 3 y ss. Del mismo autor, ver “De la inutilidad o peligrosidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 675, “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849, “La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano,” *EDA*, 00/01-525 y BUSTAMANTE, JORGE EDUARDO, “La teoría del contrato administrativo,” en AA.VV., *Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, RAP, 2000, p. 215 y ss.

¹¹ CSJN, *Fallos*, 316: 2454.

¹² CSJN, *Fallos*, 315: 2271.

¹³ CSJN, *Fallos*, 317: 1340.

¹⁴ CSJN, *Fallos*, 323: 1146.

¹⁵ CSJN, *Fallos*, 326: 3700.

¹⁶ Ampliar en NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 76 y ss.

requisito previo para recurrir actos pre-contractuales la constitución de una garantía de impugnación.

Esta exigencia viola claramente el principio de legalidad al que la CSJN hiciera reiterada referencia y en el que pusiera especial énfasis. Las únicas garantías normativamente contempladas en el régimen de contrataciones aprobado por decreto delegado 1023/01 son aquéllas previstas para asegurar por parte de los oferentes y adjudicatarios el cumplimiento de sus obligaciones. No es éste el caso. La administración, ignorando que sólo debe hacer lo que le está permitido, suele imponer como recaudo previo para presentar una impugnación en el marco del procedimiento de selección, la constitución de esta garantía en franco desconocimiento del principio aquí tratado.¹⁷ Esta obligación fue irrazonablemente contemplada a través del decreto 1105/89 (art. 18, incs. 1 y 2, f) y j) en el restringido ámbito de trámites vinculados a procedimientos licitatorios vinculados con las privatizaciones. Fue entonces ilegal. Lo sigue siendo hoy cuando se la requiere en pliegos que ni siquiera están vinculados a dicho proceso.¹⁸

La Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, indistintamente, PTN) las admitió pues a su juicio ellas no restringían el derecho a recurrir ni constituían, conforme tal criterio, una limitación para impugnar la actividad administrativa ni para el ejercicio del derecho de defensa, en el marco de un proceso de selección. Entendió que eran un medio idóneo para evitar la presentación de impugnaciones injustificadas a través de las cuales se pretendiera dilatar el procedimiento licitatorio.¹⁹ Modificó luego tal criterio en un auspicioso dictamen²⁰ pero debe advertirse que, al menos hasta la fecha, existe sólo tal precedente.

La administración incluye también en los pliegos licitatorios otra ilegítima obligación para los oferentes: Que denuncien las demandas o reclamos que tienen en trámite contra el Estado, violando así garantías reconocidas por la Constitución Nacional. La exigencia de presentar una declaración jurada de juicios pendientes atenta contra el constitucional derecho a la defensa en juicio. El art. 12º apartado e) del “Pliego único de bases y condiciones generales para la adquisición, enajenación y contrataciones de servicios,” aprobado por Resolución ME 843/00 expresamente exige que los oferentes, entre otra información que deben sumi-

¹⁷ Nos hemos referido a esta cuestión y a la violación constitucional que se deriva de la exigencia de imponer tal obligación en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública, op. cit.*, cap. VIII. Cabe apuntar que, además, quien impugna aún constituyendo esta irrazonable garantía puede verse enfrentado con el rechazo de su presentación por no haber adquirido el pliego, si ello era obligatorio. Como bien lo señala CARLOS ALFREDO BOTASSI la legitimación para impugnar el pliego o la adjudicación debe ser amplia incluso para quien no compró aquél. Ver al respecto del mencionado autor *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti Editora, 1996.

¹⁸ En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires esta garantía reconoce origen legal, aunque no por ello deja de ser irrazonable y, consiguientemente, inconstitucional. Está prevista en el art. 99 de la ley de compras 2095 en relación con la impugnación a la preadjudicación.

¹⁹ Conforme lo ha sostenido la PTN, entre otros, en *Dictámenes*, 202: 151.

²⁰ PTN, *Dictámenes*, 257: 151.

nistrar, denuncien con carácter de declaración jurada si mantienen o no juicios con el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas, individualizando en tal casos los datos de las respectivas causas. Prevé también que tal información pueda ser verificada por la PTN. ¿Estará excluido del procedimiento de selección el proponente que los haya iniciado? ¿Cuál es la consecuencia de litigar contra el Estado? ¿Existe alguna norma que autorice a la administración a incluir tal inconstitucional exigencia?

Suele requerirse también, en clara violación a la ley aplicable, acreditar haber realizado prestaciones o ejecutado obras similares a las que se van a contratar en cierto período anterior a la futura adjudicación. Tal requerimiento, en muchos casos, resulta irrazonable pues ni la experiencia técnica ni la idoneidad económico financiera se vinculan, al menos como regla general, con trabajos previos ejecutados en un arbitrario período de años de antelación a la contratación. La exigencia deviene así en irrazonable.

Como con acierto señala ANDREUCCI²¹ quienes celebran un contrato regido preponderantemente por el derecho administrativo “poseen la facultad de dar nacimiento a una situación jurídica hasta entonces inexistente. No pueden, sin embargo, hacerlo con una libertad ilimitada, sus poderes se encuentran regulados no solo en los tiempos posteriores a su celebración (ejecución de lo convenido) sino también en los momentos iniciales.” Los ejemplos precedentemente mencionados traducen lo contrario.

III. El principio de igualdad

La CSJN ha insistido, a través de múltiples pronunciamientos, en la prohibición de apartarse, con posterioridad a la adjudicación, de las previsiones incluidas en el pliego de condiciones, para garantizar que se aplique éste en forma igualitaria a todos los oferentes o adjudicatarios. Entre otros antecedentes, en la ya mencionada causa *Hotel Internacional Iguazú S. A. c/Nación Argentina*²² expresó que la licitación pública es un procedimiento caracterizado por ser una invitación para que los interesados, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas por lo que la ley de la licitación o la ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario. En el mismo sentido, en *Vicente Robles SAMCICIF. c/Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/nulidad de resoluciones*²³ la mayoría del Tribunal expresó que “La

²¹ Ampliar en ANDREUCCI, CARLOS A., “Contratación Pública: sistemas de selección. Transparencia Pública” en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 801 y ss.

²² CSJN, *Fallos*, 308: 618.

²³ CSJN, *Fallos*, 316: 382.

ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario.” Resolvió también en la misma causa que “la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad.” (Considerando 14 del voto de la mayoría.)

Por ello la igualdad que protege el principio general de la inmodificabilidad posterior de los pliegos, garantiza un amplio y legítimo acceso a la contratación administrativa, al mantener en un mismo plano y dar igual trato, a quienes se postulan para contratar.

Reafirmando la necesidad de respetar el principio de igualdad la CSJN reiteró en la causa *Provincia de Mendoza c/ Empresa Constructora F. H. Schmidt*²⁴ que “es absolutamente nulo el contrato que, debiendo celebrarse previa licitación, la desvirtúa por la inclusión de cláusulas sustanciales modificatorias de las generales de aquella” por lo que declaró la nulidad de un contrato administrativo en el que una de sus cláusulas no figuraba en las bases de la licitación.²⁵ Resolvió también en la causa *Radeljak Juan Carlos c/ Administración General de Puertos s/ordinario*²⁶ que “la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad,” pues el pliego es el que especifica el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones de los proponentes, de los oferentes y del que resulte finalmente adjudicatario. Resolvió también que era nulo un contrato en el que la Administración había aceptado condiciones no previstas en los pliegos, introducidas por el co-contratante al momento de presentar su oferta,²⁷ en tanto ello rompía la igualdad entre los licitantes.

Conforme también se expresara en la causa *Estela Delia Correa de Martín c/ Universidad Nacional de San Juan*,²⁸ “el establecimiento en los procesos de selección, ya sea concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o de concursantes, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta [...]. Por el contrario se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la Administración como el resguardo de los propios derechos de los participantes que también requieren de datos objetivos a esos efectos.” La pacífica jurisprudencia aquí mencionada ha tenido por finalidad asegurar el principio de igualdad de trato a todos los oferentes sin discriminación

²⁴ CSJN, *Fallos*, 179: 249.

²⁵ Por lo que entendió que la cláusula de un contrato, que no figuraba en las bases de la licitación autorizaba al contratista para suspender la obra y ocasionaba la nulidad absoluta del contrato.

²⁶ CSJN, *Fallos*, 311: 2831. Ver también, entre otros, *Fallos*, 314: 491.

²⁷ CSJN, *Fallos*, 179: 249 precedentemente citado. En el caso, la empresa introdujo en su propuesta modificaciones no previstas en los pliegos, entre ellas algunas vinculadas a las consecuencias que tendría para ella la falta de pago por parte de la administración.

²⁸ CSJN, *Fallos*, 315: 2899, considerando 12 de la disidencia del Dr. Barra.

ni preferencias subjetivas, conforme las garantías consagradas por los artículos 18 y 16 de la Constitución Nacional.

La inalterabilidad de las condiciones previstas en las bases del llamado, de acuerdo a la pacífica jurisprudencia aquí mencionada, ha sido considerada por la PTN como una “natural derivación del dogma de la igualdad que debe imperar entre los oferentes”²⁹ por lo que en alguna ocasión sostuvo el alto organismo de asesoramiento de la administración que para que puedan introducirse válidamente modificaciones en un contrato, que no afecten el principio de igualdad, “debían darse circunstancias sobrevinientes e imprevistas.”³⁰

Sin embargo tal interpretación varió en diversas oportunidades. En ciertos precedentes del mismo organismo asesor se justificaron modificaciones al pliego original atendiendo a razones “de conveniencia mutua,” relativizándose la pacífica doctrina antes enunciada de nuestro Superior Tribunal, admitiéndose alteraciones en consideración “a las múltiples facetas, a veces abstractamente imprevisibles, que emanaban de la compleja realidad de los diversos supuestos concretos sometidos a su consideración.”³¹

En otros casos atendiendo a supuestas “singularidades del caso,”³² el mismo organismo no se ajustó a lo interpretado por la CSJN respecto a este principio. Sostuvo asimismo que aquél no era absoluto en tanto “no pueden verse perturbados los objetivos del Estado [...] por un excesivo rigorismo interpretativo en el alcance de las garantías individuales,” criterio luego reiterado en otras ocasiones.³³

Para justificar tal interpretación argumentó que “aquel principio no solo se ha impuesto en beneficio de los administrados concurrentes a la licitación sino que, a la vez, han tenido por objeto esencial el de garantizar al organismo licitante la posibilidad de acceder a la oferta más conveniente [...]” Es por ello que para la PTN debían supuestamente equilibrarse ambos valores, a saber: Por un lado el principio de igualdad en mira a la situación de los oferentes, y, por el otro, aquel mismo principio y su debido respeto, frente a razones de bien común, de interés general.³⁴ Admitió de tal modo la ulterior modificación de las condiciones previstas en un contrato, pues a su juicio se podía poner en riesgo el cumplimiento del contrato y con él, el de los objetivos tenidos en cuenta por el Estado Nacional al suscribirlo.

En otras oportunidades admitió que un contrato no se ajustara a las condiciones originales, si mediaban cuestiones técnicas, aún cuando ellas hubieran preexistido al llamado.³⁵ Para apartarse del principio de igualdad tantas veces

²⁹ PTN, *Dictámenes*, 217: 115.

³⁰ PTN, *Dictámenes*, 245: 367.

³¹ PTN, *Dictámenes*, 217: 115, precedentemente citado.

³² PTN, *Dictámenes*, 159: 326.

³³ PTN, *Dictámenes*, 164: 82 y 202: 48.

³⁴ PTN, *Dictámenes*, 159: 326, 217: 115, entre otros.

³⁵ PTN, *Dictámenes*, 195: 87, vinculado a una cuestión donde se ponía en juego la vigencia del principio aquí tratado en el proceso de privatización de la entonces Empresa Nacional de Teleco-

mencionado por la CSJN se alegó asimismo en dicha oportunidad, la complejidad de la operatoria, argumentándose que “[...] por las propias connotaciones del pliego y la complejidad de la operación, es razonable pensar que los parámetros iniciales contenidos en el Pliego de Condiciones sufrieran diversas adecuaciones hasta llegar a los proyectos definitivos de contratación, toda vez que, como quedó dicho, era el propio Pliego el que preveía la suscripción ulterior de un contrato a fin de integrar el conjunto de disposiciones necesarias para la operatividad de los actos implementados.”

Como con acierto se ha afirmado, a partir de este amplio criterio de admisibilidad de la mutabilidad de los contratos y consiguiente violación al principio de igualdad reafirmado con singular claridad por la CSJN, la administración pública parece mostrar que válidamente lo que se firma hoy puede modificarse mañana.³⁶

Otra muestra más del oscilante acatamiento que tiene la administración respecto a principios y doctrina sentada por la CSJN, en este caso a través de dictámenes de su más alto organismo asesor.

IV. La licitación pública como procedimiento general de selección del contratista estatal

Es doctrina pacíficamente sostenida por la CSJN que para que exista un contrato administrativo es menester que la administración cumpla con las formas y procedimientos esenciales para su celebración.³⁷ El decreto delegado 1023/01 estableció, luego de una oscilante interpretación jurisprudencial³⁸ que dicha forma y procedimiento era la licitación pública. El art. 24º del citado decreto contempla pues que la selección del co-contratante para la ejecución de los contratos contemplados en dicho régimen debe hacerse por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda. La ley 13.064 adopta igual temperamento al disponer que las obras públicas deben ser adjudicadas mediante lo que, en su redacción original, llamó *subasta* o *remate*. (Denominaciones reemplazadas luego

municaciones.

³⁶ Ampliar en UGOLINI, DANIELA B., “El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos,” *ED*, 148: 869.

³⁷ Ver así las sentencias recaídas en las causas *Hotel Internacional Iguazú S.A. c/Estado Nacional*, Fallos, 308: 618, al igual que en *Radeljak Juan Carlos c/Administración General de Puertos s/ordinario*, Fallos, 311: 2831, en *Vicente Robles SAMCICIF c/Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/nulidad de resoluciones*, Fallos, 316: 382 o en *Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos, 323: 3924.

³⁸ La CSJN sostuvo en un principio que se debía celebrar una licitación pública en los casos en que el ordenamiento positivo lo exigiera en forma taxativa, conforme lo expresara en la causa *Meridiano SCA c/Administración General de Puertos*, Fallos, 301: 292. Ver al respecto PEDRO J. J. COVIELLO, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN,” en obra colectiva, *La contratación pública*, CASSAGNE, JUAN CARLOS - RIVERO YSERN, ENRIQUE (dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 90. Con posterioridad la conclusión fue otra: La licitación pública, salvo previsión expresa en contrario, debía ser el principio general de selección. Ver al respecto, entre otros, CSJN, *Stamei S.R.L. c/Universidad Nacional de Buenos Aires*, 1987, Fallos, 310: 2278. Ver además, entre otros, Fallos, 308: 618, 311: 2831, 316: 382, 323: 1515, 323: 3924 y 329: 5976.

por la expresión licitación pública, conforme lo previsto en el art. 34° del decreto delegado 1023/01, modificatorio de los artículos 4°, 11° y 17° de la aludida ley.)

Frente a un caso en el que la contratación no se había llevado cabo a través de una licitación pública, la CSJN concluyó, conforme lo resuelto en el *leading case Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Santiago del Estero, Provincia de, (Ministerio de Economía) s/cobro de pesos*,³⁹ que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se hallaba íntimamente vinculada a la forma en que éste quedaba legalmente perfeccionado. Por ello el Tribunal insistió que cuando se exige una forma determinada para la conclusión de un contrato, ella debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de existencia de éste.

El Máximo Tribunal señaló también en la causa *Punte Roberto Antonio c/Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/cumplimiento de contrato*⁴⁰ que “[...] cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.”⁴¹

Para nuestra Corte Federal, conforme lo resolviera en la causa *Stamei SRL c/Universidad Nacional de Buenos Aires*⁴² sólo cuando se configura alguna de las excepciones precisadas taxativamente queda el Estado autorizado a licitar privadamente o a contratar de manera directa. La prescindencia del proceso previo de selección que tales excepciones comportan, no pueden obviamente, quedar librada al arbitrio del administración ni extenderse a otros supuestos que no sean los que la norma prevé, por lo que cuando la licitación pública es requerida por la ley, su omisión vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación el contrato celebrado con el contratista.

De allí que también declaró inadmisibles, a través del fallo dictado en la causa *CardiCorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*,⁴³ la pretensión procesal de reclamar al Estado obligaciones que derivarían de un supuesto contrato en tanto aquél no había sido celebrado con las formalidades establecidas para su formación.

Los hechos, sin embargo, muestran una peculiar realidad. La licitación pública no es, en modo alguno, el procedimiento general al que apela la administración para contratar bienes y servicios. Como bien se ha dicho “la regla es la contratación directa, aun si para ello debe hacerse un poco de cosmética al momento de definir el procedimiento de selección del contratista.”⁴⁴ Respaldan esta afirma-

³⁹ CSJN, *Fallos*, 323: 1515, donde se mantuvo la misma interpretación que la recaída, entre otras, en la causa *Hotel Internacional Iguazú S.A. c/Gobierno Nacional*, *Fallos*, 308: 618.

⁴⁰ CSJN, *Fallos*, 329: 809.

⁴¹ Ver también, entre otros los precedentes CSJN, *Fallos*, 323: 1515, 324: 3019.

⁴² CSJN, *Fallos*, 310: 2278.

⁴³ CSJN, *Fallos*, 329: 5976.

⁴⁴ Conforme lo señala GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Licitación pública v. contratación directa ¿la batalla perdida?” Buenos Aires, *RPA*, 2006 -3, p 75.

ción las propias estadísticas que publica en su página web la Oficina Nacional de Contrataciones. (ONC.)

Surge de dicha información que las licitaciones públicas celebradas por los diferentes organismos alcanzados por las previsiones del decreto delegado 1023/01 fueron sólo de alrededor del 12% al 15% en el período 2004 - 2008 y un 19,3% en el año 2009, sin considerar las contrataciones no informadas y las efectuadas a través de mecanismos que no requieren comunicación a ese órgano rector.

Los datos que informa la ONC respecto a las contrataciones directas celebradas a través de dicho mecanismo en razón de su monto, parecen incluso indicar, como con acierto se ha señalado “que la adopción de la contratación directa — sui generis o propiamente dichas— o la licitación pública como herramienta para la selección del contratista no está determinada por el monto que las normas fijan como bisagra, sino por otras razones no escritas pero igualmente presentes” [por lo que] “o se están desdoblando las licitaciones para que el compromiso preventivo de presupuesto esté por debajo del tope; o se están realizando justiprecios por debajo de la realidad de mercado para lograr encajar la compra en la modalidad de contratación directa; o se está acudiendo más allá de lo debido a las excepciones que permiten realizar contrataciones directas propiamente dichas y, de entre ellas, la más usada, la contratación directa por razones de urgencia.”⁴⁵

Tal pues como opera el sistema en la realidad la licitación pública no es para la administración pública el procedimiento general de contratación. Hemos expuesto en anterior ocasión algunas de las razones que provocan esta paradójica situación⁴⁶ y nos hemos referido también a las particulares interpretaciones que se han efectuado para que esta situación se haya consolidado a través del tiempo. Sea pues por encontrar la contratación directa amparo en algunas de las causales previstas como de excepción —frecuentemente sin fundamentos de hecho que habiliten a hacerlo— o por acudir a mecanismos tales como los legítimos abonos, la utilización de fondos rotatorios, las contrataciones celebradas por caja chica o a través de la administración de fondos fiduciarios, lo concreto es que en la realidad administrativa el principio general de la licitación pública como procedimiento de selección al que la CSJN ha hecho referencia no tiene real incidencia. Y ello sin mencionar lo que hemos denominado “la reglamentación fantasma todavía vigente”⁴⁷ —el decreto 436/00— que prevé inadmisiblemente que el procedimiento de selección puede determinarse por diversas circunstancias no previstas expresamente.

⁴⁵ Ver nota anterior.

⁴⁶ Ver REJTMAN FARAH, MARIO, “Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones administrativas,” en *Cuestiones de Contratos Administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 908 y ss.

⁴⁷ Ver REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, op. cit., cap. I.

V. La responsabilidad de los funcionarios públicos en materia de contrataciones

Otro de los principios generales que signan la contratación administrativa es el de la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que las hayan celebrado. Constituye una aplicación particular del principio general de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios. Pese al impulso que desde antaño se ha dado al tema y el amplio consenso que existe respecto a la necesidad que exista una amplia responsabilización de ambos, el panorama presenta diversos claros oscuros y retrocesos.⁴⁸

Para la CSJN esta responsabilidad existe en función del bien jurídico tutelado: el adecuado funcionamiento de la administración o la correcta prestación de los servicios públicos. Así en la causa *Houlin Rosa María c/Universidad de Buenos Aires*⁴⁹ señaló que tales objetivos constituyen la primacía en la materia administrativa disciplinaria.

Existe sin embargo una notoria falta de responsabilización de los funcionarios a cuyo cargo está la celebración de las contrataciones públicas. La mayoría de ellos, conforme los montos previstos para autorizar y adjudicar, se desempeñan en cargos extra escalafonarios.

No existe para éstos un régimen de responsabilidad disciplinaria la que rige sólo para el personal alcanzado por el Reglamento de Investigaciones Administrativas de la Función Pública. (Decreto 467/99.)

La administración no cuenta tampoco con un sistema para determinar la responsabilidad administrativa de quienes hayan intervenido en una contratación administrativa en violación a sus obligaciones y deberes legalmente impuestos. La realidad indica, además, que pocas veces se utilizan los procedimientos destinados a hacer efectiva la responsabilidad penal.⁵⁰

Tales omisiones tornan más ilusoria aún la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Tal como lo afirma AGUSTÍN GORDILLO, “en ninguna colección de jurisprudencia se encuentra sino pocos casos de efectiva responsabilización de un servidor público”⁵¹ por lo que, conforme lo señala “...en la Argentina se previó pero no existe de hecho, responsabilidad del agente estatal.”⁵² En definitiva un nuevo

⁴⁸ Hemos hecho referencia a esta cuestión en REJTMAN FARAH, MARIO, “Hacia un debilitamiento de la responsabilidad estatal? Mitos y realidades,” en *Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, op. cit. Desde una perspectiva más global, ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *The Future of Latin America: Can de EU Help?*, Prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, London, Esperia Publications, 2003.

⁴⁹ CSJN, Fallos, 307: 295.

⁵⁰ Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, “Algunas propuestas superadoras frente a una concepción formalista en relación con el derecho al control,” en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010, p. 213 y ss.

⁵¹ Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. p. XIX-3 y ss.

⁵² Ver nota anterior.

desencuentro entre la responsabilidad impulsada por la Corte Federal y la realidad de la administración pública.

VI. El principio de concurrencia

Es éste, a nuestro modo de ver, el principio más importante en relación a la licitación pública. La finalidad perseguida a través de dicho procedimiento es encontrar la propuesta más conveniente entre la mayor pluralidad posible de interesados.⁵³

Así se desprende de lo resuelto por la CSJN en la ya mencionada causa *CardiCorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*,⁵⁴ donde se sentó como doctrina que el procedimiento de la licitación pública es la regla general para la selección en tanto la más amplia competencia entre distintas ofertas permite a la administración obtener los mejores productos al precio más conveniente y evitar la existencia de sobreprecios.

Ello no impide que la administración incluya con frecuencia barreras artificiosas, recaudos excesivos o no necesarios, exigencias formales o condiciones irrazonables violando este principio liminar de la contratación administrativa sobre el que la Corte Suprema ha hecho particular referencia.

Al momento de dictar el decreto delegado 1023/01 la administración puso de manifiesto otra contradicción y desconocimiento de este principio, al prever en el art. 16° del régimen de contrataciones la posibilidad de desestimar las ofertas de quienes exhiban reiterados incumplimientos de sus obligaciones. Tal previsión constituye, además de una arbitraria restricción a la libre competencia aquí tratada, la violación a la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, a la que la CSJN se ha referido en múltiples ocasiones, pues desconoce la necesidad de contar con una resolución sancionatoria firme en sede administrativa para poder considerar que ha mediado un incumplimiento que justifique excluir del procedimiento o de la adjudicación a quien se encuentre en tal situación, en tanto no exista una sanción que justifique tal limitación.

Por cierto el principio de concurrencia supone también que existan por parte del mercado conductas francas y leales para lo cual la administración no suele prever mecanismos que prevengan y sancionen, en el marco de una licitación pública, actos de connivencia ilegítimos entre los oferentes, para asegurar una efectiva competencia por parte de éstos. Ello pese a que, como lo puntualizara la CSJN en la causa *Copimex C.A.C.e I.S.A. c/Alesia SACIF y AG*⁵⁵ es necesario

⁵³ Así lo sostiene, entre otros, GORDILLO, AGUSTÍN, "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública," en *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, cap. VII, p. VII-1 y ss., del mismo autor, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, op. cit., p. XII-15. Hemos abordado las diversas cuestiones involucradas en relación con este principio en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de contrataciones de la administración nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, cap. VIII.

⁵⁴ CSJN, *Fallos*, 329: 5976.

⁵⁵ CSJN, *Fallos*, 314: 899.

evitar que se burle el procedimiento licitatorio a través de acuerdos espurios entre empresas, lo que sin duda afecta irremediablemente el principio aquí tratado.

La Oficina Anticorrupción (OA) identificó en un estudio realizado en el año 2000,⁵⁶ la frecuencia con que se registraba la formación de pools de proveedores que cartelizaban la venta de ciertos bienes o la ejecución de obras o cómo se limitaba el ingreso de competidores y se afectaba el precio final del contrato. Había evidencia, se señaló allí, que ciertos proveedores no cumplían con los requisitos mínimos y ganaban licitaciones por medio de acuerdos con las autoridades políticas o con otros oferentes.

De información oficial brindada por la ONC surge, paralelamente, que los esfuerzos de la administración por impulsar una mayor y efectiva concurrencia sólo ha comenzado lentamente a revertirse en los últimos años. Sin embargo el número de postulantes interesados en contratar con el Estado sigue siendo ínfimo en relación con la cantidad de pequeñas, medianas o grandes empresas o personas físicas que proveen los bienes o servicios que habitualmente constituyen el objeto de las contrataciones estatales.

VII. La publicidad de las actuaciones

La publicidad de los actos de gobierno ha sido concebida por la CSJN como un derecho de los ciudadanos y una obligación del Estado.⁵⁷

En diversos precedentes el Máximo Tribunal se ha referido a la necesidad de preservar el libre acceso a la información como un derecho fundamental. Pueden así citarse las sentencias recaídas en las causas *Urteaga, Facundo R. c/EN-Estado Mayor Conjunto de las FFAA*,⁵⁸ *Suárez Mason, Carlos G. s/homicidio*,⁵⁹ *Engel, Débora y Radice de Tatter, Idalina s/hábeas data*⁶⁰ y *Actuaciones relacionadas con la exportación de material bélico*,⁶¹ *DGI c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/medidas cautelares*⁶² y en *Monner Sans, Ricardo c/Fuerza Aérea Argentina s/amparo*.⁶³

⁵⁶ Ver al respecto “Estudio exploratorio sobre transparencia en la Administración Pública Argentina: 1998 - 1999, Informe Preliminar,” producido por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, 2000.

⁵⁷ Ampliar en SACRISTÁN, ESTELA B., “Acerca de los fundamentos constitucionales del derecho de acceso a la información en poder estatal,” en A.A.VV., *Estudios de Derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 645-675.

⁵⁸ CSJN, *Fallos*, 321: 2767.

⁵⁹ CSJN, *Fallos*, 321: 2031, especialmente considerando 7° *in fine* y cons. 14 del voto del Dr. Boggiano.

⁶⁰ CSJN, *Fallos*, 322: 1468.

⁶¹ CSJN, *Fallos*, 322: 1809.

⁶² CSJN, *Fallos*, 319: 71.

⁶³ CSJN, *Fallos*, 329: 4066.

El Máximo Tribunal resolvió también que una derivación del régimen republicano era la publicidad de los actos de gobierno. Ver así, entre otros fallos los recaídos en las *Pérez Arriaga, Antonio c/Diario La Prensa S.A., Fallos, 316: 1632*, voto de los Dres. Boggiano y Petracchi; *Emisiones Platenses S.A. s/amparo, Fallos, 320: 1191*; *Ganora, Mario F. y otra s/hábeas corpus, Fallos, 322: 2139* voto del Dr. Vázquez; *Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mendoza n° 1 - avocación - Pereyra González Carlos - Mestre Brizuela Eduardo - González Macías Juan s/expte. adm., Fallos, 320: 484*; *Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios, Fallos, 324: 2895*, voto del Dr. Vázquez; *Keylián, Luis A. y otro c/Santillán, María Laura y otros s/sumario, Fallos, 327: 3536* y el dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema o *Kook Weskott, Matías s/abuso deshonesto, Fallos, 327: 2156*.

El derecho de acceder a toda información vinculada con una contratación administrativa deriva también del principio del debido proceso adjetivo, que preside todo el procedimiento administrativo, consecuencia directa e inmediata de la garantía reconocida en el art. 18 de la Constitución Nacional. Supone el derecho de hacerlo sin restricciones,⁶⁴ salvo excepciones debidamente fundadas.

Nuestro Superior Tribunal se expidió en forma expresa sobre este principio, aplicado a los contratos administrativos, en *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/Petroquímica Bahía Blanca S.A.*⁶⁵ Haciendo suyos los términos del dictamen del señor Procurador General, a los que se remitió, resolvió allí que resultan aplicables a la licitación pública “los principios del debido proceso adjetivo (art. 1º inciso f) de la ley 19.549) en especial el derecho a ser oído (ídem, ap. 1º) que reglamentan el principio de mayor rango contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y que se concretan en disposiciones tales como los arts. 38 y 76 de la Reglamentación aprobada por decreto 1759/72 (reformado por decreto 3700/77), que prescriben el acceso de la parte a las actuaciones que no hayan sido declaradas reservadas o secretas.” A la luz de lo expuesto concluyó que “la negativa a otorgar vista de las actuaciones [...] constituye un acto ilegítimo, que vulnera derechos de raigambre constitucional.”

⁶⁴ Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, 9ª ed., op. cit., p. IV-1 y ss. Ver también nuestra opinión sobre algunas cuestiones particulares vinculadas al tema en REJTMAN FARAH, MARIO, “La cuestión de los plazos en el Procedimiento Administrativo,” en A.A.VV., *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2006, p. 807 y ss. Más específicamente, ver también “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo,” en A.A.VV., CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2005, p. 79 y ss. Ver, asimismo, NORBERTO CANOSA, ARMANDO, “La vista en el procedimiento administrativo,” *ED*, 134-899.

⁶⁵ CSJN, *Fallos*, 311: 750.

Ha dicho también en el fallo recaído en la causa *Oxley César Oscar c/Provincia de Santa Fe*⁶⁶ respecto a la denegación de vista de actuaciones administrativas con fundamento en su reserva, que “[...] en el del natural proceder administrativo es principio esencial e insoslayable de nuestro sistema republicano el de la publicidad de los actos [...] por lo que nadie [...] puede ver frustrado su legítimo derecho por acusaciones o declaraciones abstractas y mucho menos secretas, respecto de las cuales no puede defenderse, pues ello implicaría exponerlo a posibles abusos de la autoridad pública que quedarían al margen de todo control [...]”

¿De qué modo ha recogido el régimen general de contrataciones públicas aprobado por decreto delegado 1023/01 tal elemental principio republicano? Restringiéndolo. Así, y tal como lo prevé el art. 19° de dicha norma, la vista de un expediente administrativo vinculado al procedimiento precontractual sólo puede ser tomada por quien acredite fehacientemente algún interés. A esta limitación —la de acreditar el interés invocado— la misma previsión normativa sumó otra, previendo que dicho acceso no es posible durante la etapa de evaluación de las ofertas.⁶⁷

A su vez el art. 62° del decreto 436/00 prevé que sólo puede tomar vista de las actuaciones aquél que acredite algún interés. La administración pública exige también, conforme dicho decreto, a contramano de principios, normas y garantías constitucionales que rigen en la materia y lo expresamente resuelto por la CSJN, que quien quiera acceder a las actuaciones debe *acreditar su interés por cualquier medio de prueba*. (Art. 63° del decreto 436/00.) La violación a las garantías constitucionales en juego se agrava aun más al preverse que “la toma de vista en ningún caso dará derecho al particular a efectuar presentaciones en el expediente por el que tramita la contratación.”

Estas limitaciones son claramente inconstitucionales y se encuentran en contradicción con la doctrina emanada de nuestro Máximo Tribunal. La publicidad de las actuaciones y el acceso irrestricto de las partes interesadas al expediente administrativo por donde tramita una contratación administrativa, constituyen principios esenciales de la licitación pública, cuya limitación es sólo procedente en casos excepcionales y cuando existan causas objetivas para ello. Así lo reconoció también la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa *Finmeccánica Spa Area Alenia Difesa c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa*,⁶⁸ en la que la Sala I de dicho Tribunal estableció el carácter público de las actuaciones vinculadas al procedimiento de selección del contratista estatal.

⁶⁶ CSJN, *Fallos*, 306: 370, remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación.

⁶⁷ Hemos abordado esta cuestión en *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, *op. cit.*, p. 93 y ss.

⁶⁸ CNACAF, *Finmeccánica Spa Area Alenia Difesa c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa*, Sala I, del 6-XI-98, *LL*, 1999-B, 517 y *LL*, 2000-C, 113, con nota de LAURA MONTI.

La Procuración del Tesoro de la Nación también ha tenido, en ocasiones, un criterio restrictivo, entendiendo que era válida la denegación de un pedido de vista a quien no acreditara ser titular de un interés legítimo. Sostuvo, en tal sentido, que si la pretensión del interesado se hallaba desprovista de tutela directa en el ordenamiento positivo, era facultad discrecional de la administración otorgar la posibilidad de acceder a tal solicitud.⁶⁹

El mismo organismo asesor sostuvo también que no correspondía hacer lugar a un recurso interpuesto por dos abogados contra una resolución administrativa a través de la cual se rechazó una petición para que se les concediera vista de ciertas actuaciones y el acceso a información obrante en archivos de organismos administrativos.⁷⁰ Entendió que la facultad conferida a los abogados para requerir información se encontraba subordinada al cumplimiento de ciertos recaudos y, entre ellos, que los peticionantes la solicitaran como consecuencia del ejercicio de su profesión de abogados y en relación a antecedentes concernientes a cuestiones que les hubieran sido encomendadas.

La lectura de la realidad es también poco alentadora, conforme se desprende de numerosas sentencias que han ordenado a la administración, reticente a cumplir con esta obligación, otorgar el acceso a las actuaciones y brindar información frente a su negativa a hacerlo. La necesidad de acudir al ámbito jurisdiccional para obtener lo que la administración niega, constituye una muestra adicional de las restricciones que el derecho a la publicidad presenta en la realidad administrativa.

Por otra parte la administración, al amparo de la previsión contenida en el art. 25° del decreto delegado 1023/01, contrata con frecuencia en forma directa en virtud del supuesto secreto o reserva de ciertas actuaciones, sin respetar el principio general de la licitación pública, invocando *razones de seguridad o defensa nacional*, las que no motiva limitándose sólo a mencionarlas.

La CSJN afirmó, sin embargo en la ya mencionada causa *S. A. Organización Coordinadora Argentina c/Secretaría de Inteligencia del Estado*,⁷¹ en relación con este principio de publicidad que “el secreto sólo rige respecto de ciertos actos en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correlativo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales se decide y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, la de contratar pues aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos.”

⁶⁹ PTN, *Dictámenes*, 120: 272 y 206: 328, entre otros.

⁷⁰ PTN, *Dictámenes*, 185:75.

⁷¹ CSJN, *Fallos*, 321: 174, considerando 8°.

A su vez, respecto a las contrataciones directas secretas, el criterio adoptado por la administración pública, conforme lo previsto por la ONC a través de la Circular N° 27/2007 es que no resulta obligatoria su difusión. Se omiten considerar de tal modo contrataciones en las que sólo debe ser reservado el contenido de las especificaciones técnicas, pero no su celebración. Otro supuesto a través del cual es violado o desconocido el principio de publicidad al que la Corte Federal se ha referido en múltiples ocasiones.

Es también vulnerado cuando, conforme lo prevé la Sindicatura General de la Nación, debe mantenerse la reserva respecto a las fuentes de información utilizadas por dicho organismo para la formulación de los precios testigos.⁷² Tal como lo menciona el estudio exploratorio realizado por la Oficina Anticorrupción —antes citado— una de las tantas causas de la sobredimensión de precios es la falta de un sistema de precios testigo adecuado. Se mencionó allí que “[...] los precios vienen atrasados y retrasan el proceso licitatorio, la SIGEN repite precios de anteriores licitaciones que no reflejan los precios de mercado y nos los actualiza. Por otra parte los proveedores cotizan al Estado entre un 40% y un 70% más que el precio del mercado por una desconfianza a la demora del pago.”

No es pues nuestra opinión. Es la de la propia administración. Para la CSJN la publicidad de los actos públicos es un derecho y una obligación. Para la administración pública, no tanto.

VIII. La necesidad que las contrataciones públicas sean transparentes

La CSJN ha resuelto que mantener la transparencia en las contrataciones administraciones constituye una cuestión liminar, insistiendo en la necesidad que exista transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública, conforme se desprende de lo resuelto en el caso *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios*.⁷³

El mismo Alto Tribunal resolvió, en relación a este principio, a través de la sentencia recaída en la causa *Copimex CAC e I.S.A. c/Alesia SACIF y AG*,⁷⁴ en un supuesto donde se había previsto la necesidad de contar con la previa conformidad de la Administración contratante para subcontratar, que esa exigencia tenía por objeto evitar acuerdos espurios entre empresas que afectaran la publicidad, igualdad y competencia propios del régimen jurídico de la licitación pública y, en consecuencia, su transparencia.

Tuvo también ocasión de establecer en la causa *Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/Agua y Energía Eléctrica S.E.*

⁷² Conforme art. 11° de la Resolución N° 79/2005 de la SIGEN, a los efectos de los antecedentes respaldatorios que sustentan los valores y conclusiones correspondientes a cada informe de precio testigo, la SIGEN reserva la confidencialidad respecto de tales actos.

⁷³ CSJN, *Fallos*, 329: 2316.

⁷⁴ CSJN, *Fallos*, 314: 899.

s/*contrato administrativo*,⁷⁵ un criterio de indubitable valor en relación a las consecuencias que se derivan de un proceder no transparente en una contratación pública. Resolvió allí que existe un interés general, propio de la comunidad, en que las gestiones de la administración, realizadas por sí mismas o mediante la colaboración de los particulares, se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética y a la transparencia que hacen nada menos que a la forma republicana de gobierno. (Considerando 16° del voto de la mayoría.)

Pese a ello, y por cierto a las múltiples previsiones legales dirigidas a hacer efectivo este principio, la transparencia en las contrataciones públicas es una asignatura aún pendiente. Es cierto que ninguna norma ni ninguna sentencia resultan suficientes, por sí solas, para orientar los comportamientos de los funcionarios públicos. No sólo por una fuerte anomia que parece alcanzar a gran parte de nuestro sistema social,⁷⁶ el que funciona con una fuerte cultura de la transgresión o tendencia a la ilegalidad⁷⁷ sino también porque, con frecuencia, el marco jurídico no se constituye en ordenador de las conductas sociales o es, directamente, causa de la corrupción.⁷⁸

Muestra suficiente de ciertos comportamientos de la administración, en relación a la cuestión aquí tratada es la investigación efectuada por la Oficina Anticorrupción en el año 2007 en la que, a través de un riguroso estudio de campo a partir del análisis de diversas situaciones fácticas, mostró procedimientos o esquemas de organización que podrían funcionar como incentivos para favorecer hechos de corrupción.⁷⁹ La amplitud del tema aquí considerado nos impone la necesidad de remitirnos a lo que sobre el particular hemos expuesto en anteriores ocasiones.⁸⁰

⁷⁵ CSJN, *Fallos*, 325: 1787.

⁷⁶ Ampliar en NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley: un estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, op. cit., y en REJTMAN FARAH, MARIO, "Un país sin ley ni justicia," en AA.VV., SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El Derecho Administrativo en la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005.

⁷⁷ Conforme lo señala ISUANI, ERNESTO ALDO, "Fragmentación Social y Otras Cuestiones: Ensayos sobre Problemas Argentinos," en AA.VV., *Cuadernos de Investigación de FLACSO*, Buenos Aires, 2002. Ver también, ANTONIO HERNANDEZ, DANIEL ZOVATTO y MANUEL MORA Y ARAUJO, *Argentina una sociedad anómica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, "Argentina después de la crisis. Un tiempo de oportunidades - Informe de Desarrollo Humano 2005," PNUD Buenos Aires; GAMALLO, GUSTAVO, *Resetear la sociedad. Ideas de los jóvenes de la corrupción*, Oficina Anticorrupción, PNUD, Embajada Británica, Buenos Aires, PNUD, 2007.

⁷⁸ Ampliar en MAIRAL, HÉCTOR, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, RAP, 2007.

⁷⁹ Ver al respecto "El estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las contrataciones públicas," Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, 2007, y lo expuesto en el prólogo de dicha publicación, por el entonces titular de dicha oficina, ABEL FLEITAS ORTIZ DE ROZAS.

⁸⁰ En general en REJTMAN FARAH, MARIO "Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia," en AA.VV., *El contrato administrativo en la actualidad*, GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), op. cit., p. 103 y, con mayor extensión en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública*, op. cit., caps. V y VI. Un agudo análisis de la cuestión puede verse en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, op. cit., p. XII-9 y ss.

IX. Las contrataciones públicas y la participación ciudadana

La participación ciudadana es una obligación y un derecho consagrado en el art. 42 *in fine* de la Constitución Nacional de 1994. Como lo señalara la CSJN en la causa *Luis Cesar Rojo*,⁸¹ la participación de los interesados supone la leal información de la existencia de la cuestión que les incumbe.

A las múltiples ventajas que se derivan de la participación de los potenciales oferentes en la elaboración de los pliegos, conforme lo señala GORDILLO,⁸² cabe agregar su valor para afianzar la transparencia pública.

En la Conferencia Hemisférica celebrada en paralelo a la 40ª Asamblea General de la OEA, celebrada en Lima en junio de 2010, tuvimos oportunidad de referirnos a la entidad que puede tener dicha participación en materia de contrataciones públicas, aún cuando en sí misma aquélla no constituye garantía de juridicidad y presenta matices, claroscuros y aspectos que no pueden omitirse al momento de considerar su efectiva implementación.

Parecería que la administración no desconoce los beneficios de contar con procesos participativos en relación con los contratos administrativos. Así lo revelaría, en principio, la previsión contenida en el art. 8º del decreto delegado 1023/01, al contemplar la posibilidad de formular observaciones al proyecto de pliego “cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación.” Sin embargo, paradójicamente, no existe previsión normativa alguna que prevea las condiciones para la celebración o impulsión ni, menos aún, la obligatoriedad de celebrar tales procesos participativos o consultivos.

El mencionado artículo deja además librado a una amplia discrecionalidad de la autoridad competente, la posibilidad de convocarlos o establecer un plazo para que los interesados formulen tales observaciones. El reglamento general para la elaboración participativa de normas, que como Anexo V fuera aprobado por el decreto 1172/03 no prevé tampoco como requisito obligatorio la celebración de estas reuniones públicas, otorgando sólo la potestad al funcionario convocante para realizar rondas de consultas tendientes a generar información útil para la toma de decisiones. Aún así, dichos encuentros, que pueden significar un avance para formular, en forma simultánea, observaciones o comentarios públicos al proyecto de pliego⁸³ se ha ido convirtiendo en un verdadero código mítico, atento

⁸¹ CSJN, *Fallos*, 215: 357.

⁸² Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *op. cit.*, p. XII-23.

⁸³ Ver sobre el tema el trabajo de BARAGLI, NÉSTOR, *Elaboración participada de Normas. Un espacio abierto para el debate de las decisiones públicas*, Buenos Aires, OA, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, 2007, 2ª ed.

su nula o escasa aplicación y la falta de impulso por quienes deberían incoar tales procedimientos en materia de contrataciones públicas.

X. Abrir nuevas discusiones. A modo de conclusión

La CSJN seguirá resolviendo cuestiones diversas en materia de contrataciones públicas. Los principios que se deriven de sus sentencias, ¿continuarán siendo desoídos?

Concentrarse en aquéllos y en la doctrina legal que surge de los fallos de nuestro Superior Tribunal no significa sólo repetirlos o mencionarlos, sino aplicarlos y hacerlos operativos.

Nos hemos limitado aquí a señalar algunas circunstancias que ilustran sobre los desencuentros a los que nos referimos en este trabajo, intentando de tal modo no presentar un debate abstracto ni calificar, sino antes bien describir, a través de diversos actos u omisiones de la administración, de qué modo se ve reflejada, en diversas ocasiones, la doctrina de la Corte Federal y cuán diferentes han sido los carriles recorridos por aquéllos y esta última.

Evitar estos desencuentros es un deber propio de todo sistema republicano y comenzar a respetar y acatar las resoluciones de la CSJN parece ser, en este sentido, el único camino posible.

