CUADERNOS DE MARIÑÁN. 2017

X JORNADAS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

"La buena administración de la contratación pública"

© Editorial:
Deputación Provincial da Coruña
Avenida Porto da Coruña, 2
15003 A Coruña

Depósito Legal C 1324-2019

Imprenta Provincial
A Coruña, 2019

EDICIÓN NO VENAL

CUADERNOS DE MARIÑÁN. 2017

X JORNADAS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

"La buena administración de la contratación pública"

Deputación
DA CORUÑA

Presidente:
José Luis Meilán Gil †

Director:
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Subdirectora:
Almudena Fernández Carballal

Secretaría:
María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo
Jennifer Sánchez González

Consejo Académico:
Carlos Amoedo Souto
Carlos Aymerich Cano
Gonzalo Barrio García
Victoria de Dios Viéitez
Almudena Fernández Carballal
Marta García Pérez
Juan José Pernas García
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
José Ron Romero
Manuela del Pilar Santos Pita
Javier Sanz Larruga

Consejo Científico Internacional:
Manlio Fabio Casarín León
Giuseppe Franco Ferrari
Juan Carlos Morón
Alejandro Pérez Hualde
Enrique Rivero Ysern
Armando Rodríguez
Cristina Vázquez

ÍNDICE

11 | PRESENTACIÓN
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

PONENCIAS

13 | Los contratos administrativos como herramienta de inclusión social
Analía Antik

27 | El diseño de los pliegos contractuales y la buena administracion: tres casos emblemáticos
Juan Carlos Morón Urbina

53 | Diseño de pliegos contractuales y buena administración
Carlos E. Delpiazzo

79 | Diseño de pliegos contractuales y buena administración: la inclusión de criterios sociales y medioambientales
Jaime Pintos Santiago

85 | Buena administración y la selección del contratista
Augusto Durán Martínez

111 | Esquema general de la contratación pública en México: Problemas y soluciones
Francisco Eduardo Velázquez Tolsá

121 | La motivación de las adjudicaciones contractuales
Adriana Taller

143 | Motivación de la adjudicación contractual
Cristina Vázquez

163 | El tránsito de la razonabilidad al discurso jurídico moderno, en la motivación de la adjudicación contractual
Germán Cisneros Farías

179 | El control interno sobre la actividad contractual del sector público: la garantía para la asignación eficiente de los fondos públicos
Juan Bautista Suárez Ramos

189 | La buena administración y la ejecución de contratos en Argentina
Martín Galli Basualdo

223 | La buena administración en la ejecución de los contratos administrativos: el control social
Luis Eduardo Rey Vázquez

235 Los contratos públicos “incompletos” y los de “larga duración” (con motivo del Premio Nobel de Economía 2016)
Alejandro Pérez Hualde

247 “Modificación de contratos en un entorno de buena administración”
Manuel Javier Paolino

277 El principio de ejemplaridad del funcionario público
Hugo R. Gonzalez Elias

287 Derecho urbanístico en México: el miedo como un factor de influencia en el desarrollo urbano de la ciudad de México.
Francisco Eduardo Velázquez Tolsá

297 Los retos del sistema de servicios sociales de Galicia para coadyuvar a la buena administración de la contratación pública: nuevos instrumentos y desarrollo de las carteras de servicios
Jacinto Álvarez Somoza

307 La discapacidad. Necesidad de naturalizar el concepto. Breve descripción de la situación actual en el Paraguay sobre la materia
Emilio Luis Fernando Fleitas Ocampos

311 El derecho de los postores al acceso del expediente contractual en los procesos de selección
Juan Carlos Morón Urbina

333 Servicios sociales en la ciudad de México: el caso del programa pensión alimentaria para adultos mayores de 68 años, residentes en el Distrito Federal
Oliver Castañeda Correa

345 Planificación y régimen competencial en materia de servicios sociales
José María Vázquez Pita

349 Relatoria basada en la Proyección de la Buena Administración en los Sistemas de Contratación Pública Iberoamericanos
Mirian M. Ivanega

COMUNICACIONES

355 Los contratos de empleo público y su efecto sobre la buena administración pública
Alejandro Gastón Civit

361 La condenación en costas ante el Tribunal Superior Administrativo
Cleopatra González Almonte

369 | Análisis del nuevo régimen nacional de contrataciones públicas electrónicas a la luz del principio de buena administración
Débora Gisela Paredes

377 | Contornos de la buena administración en materia de contratación pública
Federico J. Lacava

385 | Las limitaciones edificatorias después de la trasposición de la regulación europea en materia de inundaciones al ordenamiento jurídico español
Fernando Costoyas Fandiño
Jennifer Sánchez González

401 | "La buena administración y los diferentes vínculos personales con el Estado"
Gustavo Igarza Funes

411 | Responsabilidad contractual del Estado en el ambito de los contratos de la administración
Irina Daiana Brest

417 | Oralidad en el proceso contencioso administrativo. Las controversias en la contratación pública en Ecuador
Jaime Andrés Villacreses Valle

427 | Legítimo abono en casos de "inexistencia" de contratos administrativos
Lucía Mercedes Zérbola

433 | "Algunas consideraciones entorno al proceso de selección del co-contratante de la administración"
Luisina Viviana Huerta

441 | La reforma española de la contratación pública: ámbito y noción de contrato público
Manuel Díaz Pérez

453 | Las consultas, solicitudes de aclaración y el acceso a la información de los interesados en la fase de licitación, en el PLCSP y en las directivas
María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

465 | La corrupción. Su desarrollo en el ámbito de las contrataciones públicas y los mecanismos tendientes a su erradicación. La situación en la República Argentina
Mª Eugenia Echagüe
José María Fernández López

473 | Reflexiones acerca de la precariedad en el empleo público y la corrupción en Argentina
M. Guadalupe Simone Cajal

479 | Análisis de la eficacia del uso de las tecnologías de la información y comunicación en las contrataciones del personal docente de la provincia de Santa Fe, como medio para garantizar el derecho a una buena administración
Marina Edit Bicheré

489 | El derecho a una administración pública de calidad: sistemas de gestión y sostenibilidad en la contratación pública
Milton Hernan Kees
Analia Andrea Dabus

499 | Cláusulas sociales a la discapacidad en la contratación pública
Paloma Caneiro González

503 | La necesidad de reforzar los mecanismos de supervisión en la contratación estatal para combatir la corrupción
Percy Orlando Mogollón Pacherre

513 | La buena administración en la asignación de riesgos en las alianzas públicas-privadas en República Dominicana
Rafael R. Dickson Morales

En 2007 comenzó la andadura de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo en el Pazo de Mariñán. Doce años después, la Diputación de A Coruña sigue acogiendo anualmente este encuentro que se ha consolidado como referencia del Derecho en el mundo hispanohablante. En esta edición, como no podía ser de otra manera, se seguirán buscando las mejores maneras de perfeccionar el funcionamiento de las administraciones públicas.

Como muestra de la relevancia internacional que tiene este encuentro para la provincia, la Diputación dedicará, como en años pretéritos, una de las ediciones de los Cuadernos de Mariñán. Esta publicación periódica ahondará en el objetivo de divulgar toda la actividad académica, didáctica, cultural y científica que se desarrolla a lo largo de las jornadas.

El foro, en todas sus ediciones, ha versado sobre materias de especial relevancia para la sociedad dentro del Derecho Administrativo. Una educación gratuita y de calidad, vivienda y trabajo digno o las protecciones sociales son algunos de los temas más candentes para la ciudadanía y que se han tratado en ediciones anteriores de los Cuadernos de Mariñán. Los lectores pudieron encontrar trabajos sobre cómo implementar mejoras en la contratación pública o la relación de las instituciones con los derechos sociales fundamentales.

Para lograr que A Coruña sea la capital del Derecho Administrativo iberoamericano durante el tiempo que trascurren las jornadas, muchos han trabajado de forma incansable, por ello, debo felicitar desde estas líneas al catedrático coruñés Jaime Rodríguez-Arana, impulsor y director de esta iniciativa. Pero este año quiero hacer una especial mención al profesor, político y expresidente del consejo científico José Luis Meilán Gil, que lamentablemente ya no se encuentra entre nosotros. Sin su especial colaboración estas jornadas no hubieran sido posibles.

Por último, dar las gracias por parte de la Corporación provincial a todos los participantes del foro así como al personal de la Diputación, ya que gracias a vuestra labor haremos un año más del Pazo de Mariñán el corazón del Derecho Administrativo a ambos lados del Atlántico.

Valentín González Formoso

Presidente de la Diputación de A Coruña

Cuadernos de Mariñán es un anuario de Derecho Administrativo Iberoamericano que recoge, año tras año, las ponencias y comunicaciones realizadas en las Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano que se celebran en el Pazo de Mariñan gracias a la generosidad de la Diputación Provincial de A Coruña. Cuadernos de Mariñan alcanza su tercer número tras comenzar su andadura en el año 2015 dando a conocer el trabajo realizado en las VIII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano.

En efecto, un año más, durante los días 3 a 7 de abril de 2017, el Pazo de Mariñán de la Diputación provincial de A Coruña fue el escenario de las ya X Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, su décimo aniversario. Unas Jornadas que ya son tradicionales en el espacio cultural del Derecho Administrativo Iberoamericano y que concitan el interés de estudiosos y cultivadores de esta rama del derecho Público a uno y otro lado del atlántico.

Gracias a la magnífica y armónica labor del Grupo de Investigación de Derecho Público de la Universidad de A Coruña, en estos años el Pazo de Mariñán, además de ser ya muy conocido en todos los países de la Región, se ha consolidado como capital del Derecho Administrativo Iberoamericano.

Profesores y alumnos del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano trabajan en sus estudios de doctorado y se abordan los temas más relevantes del Derecho Administrativo. Todo ello en un clima académico en el que la convivencia y el intercambio de ideas y pareceres domina el escenario.

Este año, temas centrales de las Jornadas se dedicaron a la buena administración de la contratación pública. A tal efecto, se organizaron diferentes mesas temáticas con participación de destacados profesores españoles y de América que plantearon temas de gran actualidad. Se abordaron cuestiones de singular trascendencia como la contratación estratégica, la contratación como política pública siempre desde la perspectiva del derecho fundamental a una buena administración pública, que como es sabido, se encuentra consagrado en la Carta Europea de Derechos Fundamentales y en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública.

Es imprescindible hacer mención a los brillantes juristas de Iberoamérica que participaron en las Jornadas. Su presencia da pleno sentido a estas Jornadas y justifica la edición anual de los Cuadernos. Tampoco puede faltar el merecido agradecimiento a los profesores del área de Derecho Administrativo de la UDC y muy especialmente a la subdirectora de Cuadernos Almudena Fernández Carballal y a los integrantes de la secretaría técnica: Maria del Carmen Rodríguez Martin-Retortillo y Jennifer Sánchez Gonzále. Sin su trabajo esta actividad del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la UDC no sería posible.

En fin, gracias a la sensibilidad de los dirigentes de la Diputación llevamos ya más de diez años trabajando en estas magníficas instalaciones, hoy conocidas al otro lado del Atlántico como una de las principales sedes iberoamericanas del Derecho Administrativo. Y, por supuesto, muchas gracias a todos y cada uno de los colegas del área de Derecho Administrativo de la UDC que durante este tiempo vienen trabajando codo a codo sin descanso para que estas Jornadas sean un valioso encuentro de profesores y alumnos de Derecho Administrativo que hablando y pensando aspiran a aprender y mejorar sus conocimientos.

Gracias a esta publicación periódica anual ven la luz pública, un año más, las ponencias y comunicaciones presentadas esos días ante los colegas asistentes a las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo. Esperemos que el contenido de esta nueva publicación, además de reflejar la actividad académica de esos días, contribuya al estudio y a la investigación de una categoría tan relevante para la mejora de las condiciones de vida de las personas como es la de la compra pública entendida siempre dentro de los parámetros del derecho fundamental a una buena administración.

Jaime Rodríguez-Arana
Director de Cuadernos de Mariñán

LA CONTRATACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA

Los contratos administrativos como herramienta de inclusión social

Prof. Analía Antik*
Universidad Nacional de Rosario
aantik@fder.unr.edu.ar

Resumen: A partir de los datos estadísticos oficiales en materia de pobreza e indigencia, de acceso al trabajo de personas con discapacidad y discriminación por cuestiones de género, así como los que surgen de informes de expertos y de organizaciones sociales, entendemos vital trabajar el instituto del contrato público, no solamente desde el punto de vista del respeto a las garantías de los particulares o como instrumento de mera satisfacción de las necesidades públicas, sino como una herramienta esencial de uso habitual en la planificación estratégica trazada dentro del marco de una política pública tendiente a la superación de los problemas de exclusión social señalados precedentemente.

Abstract: Based on data from official statistics on poverty and indigence, access to work for the disabled and discrimination on grounds of gender, as well as those arising from experts and social organizations' reports, we understand it is vital to work on the Public Contract, not only from the standpoint of respect for the individual'guarantees or as an instrument for mere satisfaction of public needs, but also as an essential tool for regular use in a strategic planning process outlined within the framework of a public policy aimed to overcome the previously mentioned issues of social exclusión.

Palabras claves: contratos administrativos, políticas públicas, derechos sociales, inclusión social.

Keywords: Administrative contracts, public policies, social rights, social inclusion.

* Profesora Asociada de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Secretaria Académica del Centro de Investigaciones de Derecho Administrativo (CIDeA) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y Miembro Pleno Fundador del Centro de Estudios de Administración Local de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e integrante de su Comité Asesor. Secretaria Académica y docente estable de la Maestría en Derecho Público y docente estable de la Maestría de Derecho Procesal y de las Carreras de Especialización en Derecho Administrativo, en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción y de Derecho Sucesorio, todas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Sumario: 1. Introducción. 2. El contrato administrativo en la política pública. 3. El contrato público y las cláusulas sociales 3.1. El concepto de Derecho Social. 3.2. Las cláusulas sociales. 4. La responsabilidad social en materia de contrataciones públicas. 5. Conclusión.

1. Introducción

Según los últimos datos emanados del INDEC[1], el 30,3% de la población en Argentina se encuentra bajo la línea de pobreza (LP) y el 6,1 % bajo la línea de indigencia (LI). Si examinamos en la Región Pampeana los guarismos del Gran Rosario[2], encontramos que el 26,7% y el 3,8% de la población son pobres e indigentes, respectivamente[3]. Estos porcentajes traducidos a números indican que sobre una población país de 39.857.707 personas, 12.187.006 son pobres y 2.363.561 son indigentes.

Por otra parte, dentro de la población económicamente activa (PEA)[4] que asciende a 12.396.591 personas, se registra un 7,6% de desocupación plena y un 14,6% de subocupados en busca de empleo[5].

Otros índices de interés para el presente estudio se relacionan a la exclusión por razones de discapacidad y de género.

En Argentina, se encuentra vigente la Ley 22.431[6], modificada y complementada por la Ley 25.689[7], que impone al Estado Nacional y a los órganos y entes que allí instituye –incluso a las

---

1 Instituto Nacional de Estadística y Censos.

2 Se denomina Gran Rosario al aglomerado urbano surgido como consecuencia de la expansión urbana de la ciudad de Rosario sobre un conjunto de localidades ubicadas en el departamento San Lorenzo y en el mismo departamento Rosario. Con una superficie de 589 km2,1 alcanza su mayor extensión hacia el norte, aglomerando varias localidades hasta Puerto General San Martín, a 27 km del centro de Rosario; al oeste hasta la localidad de Roldán, a 21 km, y al sur hasta la ciudad de Villa Gobernador Gálvez (esta última la más poblada del conurbano luego de Rosario), a unos 9 km del centro de la ciudad. Más al sur se observa un incipiente proceso de conurbación con las localidades de Alvear, Pueblo Esther, General Lagos y Arroyo Seco, https://es.wikipedia.org/wiki/Gran_Rosario.

3 Datos oficiales del segundo semestre 2016, **INDEC**, *Informes Técnicos*, Vol. 1, Nº 53, ISSN 2545-6636, *Condiciones de vida*, Vol. 1, Nº 4, Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos, ISSN 2545-6768,págs. 3 y ss.

4 Compuesta por ocupados y por desocupados.

5 **INDEC**, *Informes Técnicos*, Vol. 1, Nº 43, ISSN 2545-6636, *Trabajo e ingresos*, Vol. 1, Nº 1 Mercado de trabajo, principales indicadores (EPH) Cuarto trimestre de 2016 ISSN 2545-6768, págs. 7 y ss.

6 16/03/1981.

7 B.O. 03/01/2003: "CAPITULO II, Trabajo y educación, Art. 8°.- El Estado nacional —entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas. El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes arriba indicados deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse. Dichas vacantes deberán obligatoriamente ser informadas junto a una descripción del perfil del puesto a cubrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos quien actuará, con la participación de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas, como veedor de los concursos. En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre la cantidad de cargos

empresas concesionarias de servicios públicos-, la obligación de ocupar a personas con discapacidad que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal. Conforme los últimos datos disponibles[8], la tasa de empleo de las personas identificadas como discapacitadas es de 44,6%. Sin embargo el informe sombra[9] sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Argentina, durante el período 2008-2012[10] (REDI[11], CELS[12], FAICA[13], FENDIM[14] y ADC[15]), cuestiona la confiabilidad de los datos oficiales de los últimos dos censos nacionales, planteando que su medición tiene implícita una subestimación de la Población Económicamente Activa (PEA) que incluye a quienes tienen trabajo y a aquellos que no lo tienen y lo están buscando. El informe señala que en la Argentina una cantidad significativa de personas calificadas como discapacitadas, están desempleadas y no buscan trabajo ya que saben que es muy difícil encontrarlo y en consecuencia no aparecen entre la PEA.*Dos reiteradas justificaciones de empleadores (de organismos públicos y privados) para evitar el empleo de PCD motriz son la inaccesibilidad en sus instalaciones y los altos costos del transporte de dichas personas. Permanece ausente la previsión planificada de implementación de los ajustes pertinentes a la accesibilidad física y al transporte, aunque el propio Estado Argentino reconoce que "la "denegación de ajuste razonable" es una forma de discriminación (….) determinada en la Ley 26.378, operativa sin necesidad de reglamentación". Se desconoce la existencia de programas de promoción, diseño y monitoreo de adecuación de sedes laborales, acorde a los requerimientos para el cumplimiento del cupo laboral (Ley Nº 25.689), por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, y/o del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. En el caso del acceso al empleo de las PCD visual, los empleadores, mayoritariamente las administraciones públicas, no*

---

cubiertos con personas con discapacidad, se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito. Los responsables de los entes en los que se verifique dicha situación se considerará que incurren en incumplimiento de los deberes de funcionario público, correspondiendo idéntica sanción para los funcionarios de los organismos de regulación y contralor de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos. El Estado asegurará que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas en el presente artículo y proveerá las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo. Art. 8° bis.- Los sujetos enumerados en el primer párrafo del artículo anterior priorizarán, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, situación que deberá ser fehacientemente acreditada".

8 **INDEC**, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010*,http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135.

9 El informe sombra es un documento preparado por miembros de la sociedad civil, que brinda información adicional a la que reporta el gobierno. Gracias a los informes sombra, los comités de monitoreo de la ONU tienen información adicional a la presentada por los gobiernos con base en la cual pueden hacerles recomendaciones para que cumplan adecuadamente sus obligaciones internacionales; es un mecanismo para denunciar y hacer evidentes violaciones a derechos humanos que el informe del Estado haya omitido o resaltar avances que deben continuar, https://coacol.tumblr.com/informe.

10 http://www.redi.org.ar/Prensa/Comunicados/Informe-alternativo-al-comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-ONU.pdf.

11 Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad.

12 Centro de Estudios Legales y Sociales.

13 Federación Argentina de Instituciones de Ciegos y Amblíopes.

14 Federación Argentina de Entidades Pro Atención a las PCD Intelectual.

15 Asociación por los Derechos Civiles.

adquieren el principal y más reconocido software tornando impracticables las tareas propias de diversos puestos de empleo. A los mismos fines, se desconoce la existencia, por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y/o la Secretaría de Transporte dependiente del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación, de programas que den respuesta al grave problema del traslado a las sedes laborales de los empleados con discapacidad[16].

Para dimensionar el problema, diremos que el 12,9% de la población argentina tiene una discapacidad, lo que equivale a más de una de cada diez personas. De esa población,se observa que la tasa de analfabetismo es varios puntos mayor: 6,5 para la población condiscapacidad y 1,97 para el resto de la población; un 30,99% de la población con discapacidad no tiene cobertura de salud mediante plan estatal, obra social ni medicina prepaga[17].

En cuanto al género, otro instrumento de la misma naturaleza[18] afirma que el Estado Argentino, si bien enumera un importante número de leyes sancionadas recientemente para el reconocimiento de derechos de la mujer, omite mencionar las deficiencias que se registran en la efectiva aplicación de esas normas, en especial en las distintas regiones dela Argentina. Esto es particularmente relevante en el contexto de un país que ha incorporado los principales tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional, otorgándoles jerarquía constitucional. Sin embargo, a pesar del amplio reconocimiento de derechos, estos continúan siendo violados en forma sistemática y cotidiana.

De lo expuesto, surge la necesidad de trabajar el instituto del contrato público, no solamente desde el punto de vista del respeto a las garantías de los particulares o como instrumento de mera satisfacción de las necesidades públicas, sino como una herramienta instrumental de uso habitual en la planificación estratégica trazada dentro del marco de una política pública tendiente a la superación de los problemas de exclusión social señalados precedentemente.

Para el desarrollo de este trabajo nosdetendremos en algunas cuestiones que entendemos centrales: La operatividad del contrato administrativo en el marco de las políticas públicas trazadas por los Estados y su articulación supranacional –véase que no nos referimos a Gobierno o a Administración-, la cuestión de la mensurabilidad y control de esas políticas, el significado de la operatividad de los derechos y la necesidad de la modelización a través de cláusulas sociales.

2. El contrato administrativo en la política pública.

En la gestión de la cosa pública, no sólo se requiere cumplir con determinados recaudos de actuación que hacen a la eficiencia, a la eficacia y a la transparencia, sino además hacer efectivo el principio progresividad que pone en cabeza del Estado la obligación de generar en cada momento histórico una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos, de tal forma, que siempre estén en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso.

---

16 http://www.redi.org.ar/Prensa/Comunicados/Informe-alternativo-al-comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-ONU.pdf.

17 Un número ampliamente mayor al obtenido en el censo realizado en el 2001.

18 Informe sombra para el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), 46º período de sesiones, julio de 2010.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos[19] y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[20], establecen el principio de progresividad, tanto negativa[21] como positiva[22].

Nótese que la Observación General Nº 3 de 1990, Declaración del Comité del PIDESC establece la evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que se disponga". Esta evaluación incluye los siguientes puntosa considerar: a) Hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, b) Si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) Si la decisión del Estado de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) En caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) El marco cronológico en que se adoptaron las medidas; y f) Si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.

Señala que cada uno de los Estados se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el propio pacto.

Resulta evidente por lo expuesto, que el instituto de la contratación pública no puede mantenerse ajeno a la formulación de proyectos y programas tendientes a lograr los objetivos señalados, entendiendo a la política públicacomo una acción de gobierno concertada con diversos actores sociales, que se proyecta a fin de dar respuesta a las demandas sociales, a través del uso estratégico de recursos para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Teniendo en cuenta que 'estrategia' es el conjunto de acciones planificadas sistemáticamente en el tiempo que se llevan a cabo para lograr un determinado fin, entendemos que la figura de la contratación pública ha sido incorporada al terreno de la planificación contractual estratégica, porque en definitiva de lo que

---

19 Art. 26: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

20 El Art. 5 delPIDESC establece el principio de progresividad negativa al establecer que *no podrá admitirse* restricción o menoscabo a ningún derecho fundamental, reconocido o vigente en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que este pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta hipótesis aplica el principio de progresividad negativa en los casos de que el Estado parte firmante tenga un mejor reconocimiento de derechos que el que otorga el PIDESC. Se impide desmejorar los derechos ya logrados en ese Estado parte que son de mejor calidad que los otorgados por el PIDESC. El art.11 contiene el principio de progresividad positiva, que obliga al Estado en forma imperativa, prospectiva, al afirmar que *Tomarán las medidas adecuadas* para asegurar la efectividad del derecho humano de toda persona a un nivel de vida adecuado, para sí y su familia, como así también a una alimentación, vestido y vivienda adecuados y a «la mejora continua» de las condiciones de su existencia.

21 El principio de progresividad negativa es el que impide un retroceso respecto de los derechos adquiridos, mas no obliga a acciones positivas para el mejoramiento de la situación dada.

22 El principio de progresividad positiva no solo impide el retroceso respecto de los derechos adquiridos, sino que requiere del Estado medidas de acción para el mejoramiento progresivo de esta situación dada.

se trata es de concertar una variedad de herramientas, procesos consensuados, mensurables y controlables, para el cumplimiento de determinados objetivos, que justamente apunten a la solución de los problemas sociales, económicos, jurídicos, culturales que afectan a una comunidad determinada[23].

El 23 de mayo de 2008, se firma en Brasilia, el Tratado Constitutivo de la UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas)[24], por el que se pretende unir a dos bloques regionales: el Mercosur y la Comunidad Andina (CAN)[25].

Teniendo en cuenta que el Mercosur cuenta con una población de 270 millones de habitantes, lo que representa el 70% de la población del América del Sur, un PBI cercano a los USD 3,3 billones –83% del Sudamericano– y un territorio de 12,7 millones de km2 –72% del área de América del Sur–[26], ahora nos encontramos ante un universo de 400 millones de habitantes que ocupan una superficie de 17,7 millones de km2. Su PBI es de USD 4,5 billones[27].

En la III Reunión del Consejo Suramericano de Desarrollo Social[28], los Estados Partes de UNASUR aprobaron el Documento "Bases y Lineamientos del plan de acción 2012-2014 del Consejo Suramericano de Desarrollo Social".

El plan incluye cinco ejes de acción prioritarios, entre los que se destaca el de pobreza y desigualdad social. Asimismo en la Cumbre de Mendoza[29], los presidentes allí reunidos "renovaron su compromiso de avanzar en la profundización de la dimensión social y ciudadana del MERCOSUR, en el marco de la Estrategia Social Regional de la CCMASM[30]para los años 2012-2013, sobre "Fortalecimiento de las capacidades públicas de los Estados del MERCOSUR para el desarrollo de estrategias integrales para la Erradicación de la Pobreza Extrema y el Hambre"[31]. Asimismo se hizo hincapié en arbitrar los medios a fin de optimizar la ejecución del FOCEM[32].

---

23 Confr. **ANTIK, Analía**, *Operatividad de los derechos sociales en materia de vivienda*, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, A&C, Doutrina, N° 59, Fórum, ISSN 1516-3210, Belo Horizonte, 2015, págs. 137 y ss.

24 Entre sus objetivos se cuentan "construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados". El 24/10/2011, logró el estatus de observador en la Asamblea General de Naciones Unidas.

25 Este nuevo espacio se encuentra conformado por las Repúblicas Argentina, de Bolivia, Federativa de Brasil, de Colombia, de Chile, de Ecuador, Cooperativa de Guyana, del Paraguay, del Perú, de Surinam, Oriental del Uruguay y Bolivariana de Venezuela, mientras que Panamá y México lo hacen como miembros observadores, www.unasursg.org/inicio/organización/historia.

26 Informe de la Secretaría Ejecutiva y la Secretaría Técnica Permanente de Mercociudades, 2001/2012, portal.mercociudades.net/sites/portal.mercociudades.net/files/archivos/documentos/Publicaciones/Informe_SE_STPM_2012_esp.pdf, págs. 8 y ss.

27 CIA Word Factbook, www.cia.gov/cia/publications/factbook/rankorder/2147rank.html.

28 Asunción del Paraguay, 10 /04/2012.

29 29 de junio de 2012.

30 Comisión de Coordinación de Ministros de Asuntos Sociales del Mercosur.

31 Informe de la Secretaría Ejecutiva y la Secretaría Técnica Permanente de Mercociudades, 2001/2012 citado, págs. 29 y ss.

32 Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR), creado por Decisión 45/04 –B.O. 02/05/2005- destinado a financiar proyectos en beneficio de las economías menores, que se encuentra operativo desde el año 2006 –Decisión N° 17/06, B.O. 04/10/2006- y cuenta con un monto total de USD 1.000 millones, www.Mercosur.int/t_generic.jsp?contenid=385.

En la misma línea por la Decisión 12/11[33] del Consejo del Mercado Común, se aprobó el documento "Ejes, Directrices y Objetivos Prioritarios del el Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (PEAS)".

También en ese ámbito se encuentra operando el Consejo Suramericano de Infraestructura y Planeamiento (COSIPLAN)[34], que ha trazado el Plan de Acción Estratégico 2012-2022.

El papel del Consejo es obtener un importante respaldo político para las actividades y proyectos que generen desarrollo económico y social sustentable para América del Sur, resultando necesario adecuar la normativa interna en materia de contratación administrativa, tanto en el plano nacional como local, para el logro de la integración de la infraestructura regional y en el marco de la creación de Programas Territoriales de Integración (PTIs) que complementen la Agenda de Proyectos Prioritarios de Integración (API).

A este fin, dentro de los objetivos específicos del COSIPLAN, el 4 tiende a "Consolidar la Cartera de Proyectos para la integración de la Infraestructura Regional Suramericana" y el 5 a "Fomentar el uso intensivo de Tecnologías de Información y Comunicación con el fin de superar barreras geográficas y operativas dentro de la región"[35].

Y esto nos transporta a la cuestión de la importancia de la introducción necesaria de las cláusulas sociales en el contrato público.

3. El contrato público y las cláusulas sociales.

3.1. El concepto de Derecho Social.

Se ha afirmado que el Derecho Social no es simplemente la idea de un Derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata en realidad de una nueva forma estilística de Derecho en general. El Derecho Social es una nueva concepción del hombre por el Derecho[36]. El proceso de socialización del derecho no respeta necesariamente las distinciones tradicionales entre las disciplinas legales. El derecho social se ha expandido sobre un abanico suficientemente amplio de áreas como para dejar de ser considerado como una solución que llene lagunas o los inconvenientes del derecho clásico[37].

Y además no podemos encorsetarlo dentro de las grandes ramas del Derecho Público o Privado, porque si bien comprende vastas ramas de la acción estatal, impacta claramente también sobre las relaciones contractuales entre particulares.

---

33 B.O. 20/09/2011.

34 Creado en agosto de 2009 en Quito, Ecuador, en el marco de la III Reunión Ordinaria de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la UNASUR.

35 Resulta claro que las TICs constituyen una clave para la competitividad y generan numerosas externalidades al mejorar la conectividad. Se trata pues de proponer soluciones integrales que no sólo resulten en mejoras de la infraestructura, sino que también traigan consigo un aumento en el contenido disponible de las redes, mejoras en la provisión de los servicios y un mayor acceso a las tecnologías por parte de poblaciones de pocos recursos en áreas marginales, http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rc_brasilia11_1_pae.pdf.

36 **RADBRUCH, Gustav**, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, FCE, México, 3ra. reimpresión 1978, págs. 157 y ss.

37 **EWALD, François**, *El concepto de derecho social*, Revista Contextos N° 1, Del Puerto, 1997, págs. 101 y ss.

Hay autores que lo califican como un derecho subjetivo[38] y se nos ocurre que también puede participar de la noción de derecho de incidencia colectiva, atento a que si bien en los casos señalados –pobreza e indigencia, discapacidad y género– puede no haber un bien colectivo indivisible ya que se afectan derechos individuales divisibles, hay un hecho único, continuado que provoca la lesión a todos ellos y por tanto es identificable una causa fáctica homogénea[39].

Y estas consideraciones son importantes a los fines de pensar en las garantías procesales concretas para la protección efectiva de los derechos sociales. Los interpelamos: ¿Podrá un Defensor del Pueblo, Ombusman o asociaciones, tener legitimación procesal para exigir la consumación del derecho? ¿Podemos afirmar que la discriminación de una persona –que integra un colectivo vulnerable– al mercado del trabajo en el marco de una contratación pública queda por fuera de la protección jurídica de los derechos de incidencia colectiva?

Entendemos que las categorías jurídicas deben servir a fin de hacer efectivos derechos y no como medio de obstaculizar su concreción.

En este punto y luego de dejar todos estos cabos sueltos para seguir pensando el tema del marco teórico, cavilemos en los derechos antes señalados desde dos perspectivas que por diferentes, no deben ser vistas como contradictorias sino como complementarias: como un principio rector de las políticas públicas y como un derecho subjetivo judicialmente exigible[40]. En ambos casos, con carencias jurídicas a los fines de su realización, por lo cual el Estado debe emplear sus competencias para establecer el régimen jurídico básico a los fines de garantizar la efectividad general del derecho en cuestión.

En el mismo sentido, pero incorporando otro punto de análisis, Lucas Grosman manifiesta en su libro 'Escasez e igualdad'[41] que los derechos sociales para ser tales, deben sustraerse del campo de la política y que desde el momento en que están reconocidos en la Constitución, deben ser los propios jueces quienes los garanticen de manera efectiva, pero evitando llegar a los extremos del 'heroismo' resolviendo a favor del peticionante sin hacerse cargo de la posibilidad real del cumplimiento de la sentencia o del 'negativismo' crónico en cuanto al rechazo sistemático de una pretensión en tanto entender que la admisión de la misma constituiría una intromisión del poder judicial en competencias que no le corresponden. Afirma este autor que para que el juez exija lo

---

38 **ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo**, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2012.

39 **CSJN**, *Halabi, Ernesto c/ PEN-Ley 25.873 Dto. 1563/2004 s/ Amparo Ley 16.986*, Fallos 332:111, 24/02/2009, consid. 12.

40 **LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO**, *Sobre el derecho subjetivo a la vivienda*, en la obra "Construyendo el Derecho a la Vivienda", Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 11 y ss. En definitiva, cada vez parecen existir menos argumentos jurídicos para no concordar con quienes propugnan que los derechos reconocidos en la Constitución son derechos y no otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos exigibles en torno a ciertos valores del texto fundamental, son elementos que justifican interpretar que la palabra 'derecho' equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial. Por añadidura, la interpretación que niega la tutela judicial directa de estos derechos parece ignorar el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. … , págs. 13 y ss.

41 **GROSMAN, Lucas**, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, prólogo de Owen Fiss, Libraria, Buenos Aires, 2008. Considera que cualquier visión razonable acerca del control judicial en pos de la defensa de los derechos sociales debe partir del respeto hacia una ley de cardinal importancia: la que aprueba el presupuesto.

que la Constitución exige cumplir, necesita contar con un marco teórico para lidiar con el problema de la escasez, definiendo tres paradigmas para el control judicial: el abuso[42], la inclusión[43] y la escasez[44]. No le teme a la actividad de los jueces en tal sentido y la ampara bajo el paraguas del principio de la igualdad estructural de oportunidades[45], por el que propone que en vez de tratar de aliviar los efectos más graves de la competencia, procurar lograr que ella resulte compatible con el ideal de igualdad. Es más sencillo lidiar con el problema de la escasez si el ideal que nos guía es el de la igualdad estructural de oportunidades, para lo cual el remedio que se utilice para atacar a la desigualdad esté diseñado de forma tal que logre modificar aquellos aspectos de la estructura social que afectan en forma desigual nuestra capacidad de competir. Es claro que la tesis no provoca a que los jueces se sientan habilitados para ordenarle al Estado o mejor dicho al gestor gubernamental que provea todos aquellos beneficios sociales que la igualdad estructural de oportunidades requiere, sino que los insta a acudir a soluciones matizadas y discernidas bajo un criterio de razonabilidad para el caso concreto, donde los tribunales deberán recurrir a estándares más generales, susceptibles de revisión y ajuste, incluso dejando espacio al gobierno para elegir la política que implementará.

En definitiva, el derecho social es el conjunto de principios, normas y herramientas de política pública que permite acceder a los bienes necesarios para gozar de unas condiciones de vida dignas a la población en general, siendo obligación del Estado proveer los bienes necesarios para ello, contando con la debidas garantías procesales para su eficaz protección, bajo los principios de legalidad, de igualdad estructural de oportunidades y de razonabilidad.

3.2. Las cláusulas sociales.

Como decíamos al inicio, la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, como un medio meramente instrumental para la satisfacción de necesidades aisladas de la población, sino que debe ser concebida como una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines en el marco de las políticas públicas trazadas. Es decir, la contratación puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de inclusión social de sectores vulnerables o desfavorecidos, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

En este sentido las cláusulas sociales suponen la introducción de objetivos sociales de manera transversal en políticas no sociales, integrando la contratación en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. Se trata de una línea de actuación complementaria con otras ac-

---

42 Que le reclamará al Estado no llevar a cabo conductas en contra de los derechos: torturar, censurar, etc. Aquí los jueces se olvidarán del presupuesto y de la escasez y resolver los casos conforme a Derecho.

43 Por el cual los jueces pueden y deben exigir que si hay una estructura estatal diseñada y dotada de fondos para cumplir con una función, el derecho se provea sin discriminaciones y en forma efectiva.

44 Tratándose de bienes escasos, el mero hecho de que una persona no reciba tales bienes no puede resultar en sí mismo violatorio de la Constitución. Debe exigirse algo más: que la falta de provisión de dicho bien a algún individuo sea reflejo de una decisión distributiva contraria a la Constitución.

45 Consultar además: **GROSMAN, Lucas**, *La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución*, www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/igualdad_estructural.pdf.

tuaciones integrales, que transforma políticas pasivas en políticas activas de inserción. Suponen una herramienta eficaz, sencilla, de plena validez legal, rentable económica y socialmente. Mediante la aplicación de las fórmulas propuestas se consigue además de la realización de las obras, prestación de servicios o adquisición de suministros, una rentabilidad social que supone una inversión que contribuye, por un lado, a disminuir el gasto público destinado a estos fines (programas sociales, rentas básicas, subsidios por desempleo o gastos sanitarios) y, por otro lado, a generar plusvalía social por el grado de inclusión que conllevan. Permiten establecer una nueva relación entre la Administración Pública y las empresas privadas, para que éstas asuman su compromiso con la RSC, integrando las preocupaciones sociales y ecológicas en sus actividades comerciales[46].

Se ha evidenciado por la doctrina la importancia de la contratación pública en tanto representa en promedio el 15% del PBI de un país, lo que la convierte en un instrumento a través del cual poder orientar la política económica[47].

Se puede pensar que los criterios sociales o medioambientales pueden restringir la libre competencia; sin embargo entendemos suponen una adecuada regulación de la misma.

En este sentido, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicosha asumido y regulado expresamente la introducción de criterios sociales en la contratación pública, indicando entre otras cuestiones que "el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato– propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas"[48].

Por su parte, la Ley 30/2007 española, prevé varios mecanismos para introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social así como medioambiental[49].Así, el legislador español ha extendido la posibilidad de la inclusión de éste tipo de cláusulas a cualquier tipo de contrato.

Recientemente el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema "La modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente" se refiere a la inclusión de cláusulas de índole social para contribuir al logro de los objetivos de la Estrategia 2020[50].

---

46 http://www.faedei.org/images/docs/documento29.pdf.

47 https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/gpa_brochure2015_s.pdf.

48 Artículo 19. "Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales".

49 La exposición de motivos de la norma –sancionada el 30 de octubre de 2007–referida a Contratos del Sector Público, señala como una de las principales novedades de la ley, la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental.

50 Establece el referido Dictamen del Comité de las Regiones: "Coincide con la Comisión Europea en que los entes públicos pueden aportar una importante contribución al logro de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, usando su poder adquisitivo para procurar bienes y servicios con un mayor «valor societal» como, por ejemplo, en términos de fomentar la innovación, o de respetar el medio ambiente y luchar contra el cambio climático, o reduciendo el consumo de energía, o mejorando el empleo, la sanidad pública y las condiciones sociales, o promoviendo la igualdad, al tiempo que se mejora la inclusión de los grupos desfavorecidos. Es preciso encontrar un equilibrio entre dichos objetivos, objetividad y no discriminación, en pos de una competencia equitativa, permitiendo un acceso justo para las PYMES".

Asimismo, la "Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales" de Navarra, refiere en el numeral 2.1. a la inserción laboral de los colectivos desfavorecidos, conteniendo algunos datos a tener en cuenta[51]:

a) La tasa de actividad en España de las personas con discapacidad es del 35 % frente al 60% de la población en general, y su tasa de paro duplica la media.

b) Según el Informe anual (2009) de la Comisión Europa sobre la protección y la inclusión social, el 20 por ciento de la población española –alrededor de 9 millones de personas– vive bajo el umbral de la pobreza, de las que el 25% padecen pobreza severa. Bruselas avisa además de que la pobreza se extenderá durante los próximos años si no frena la subida del paro, aunque ni siquiera en el periodo de mayor bonanza económica en España el porcentaje de población en situación de pobreza descendió del 16%. Por su parte, el Informe de Sostenibilidad de España 2009, informa de que un 11% de la población ocupada se encuentra en riesgo de pobreza, conformando una nueva categoría denominada, los "trabajadores pobres".

c) La brecha salarial media entre ambos sexos en España se sitúa en un 17,1%, ligeramente por debajo de la media de la UE (18%), según los datos de la oficina estadística Eurostat correspondientes al año 2008.

d) Las personas con discapacidad, las personas mayores y otras personas con movilidad o capacidad reducida de manera temporal representan el 40% de la población de Europa. Existe una fuerte correlación entre el envejecimiento y el aumento de las discapacidades funcionales, por lo tanto es importante crear un entorno accesible para mantener una mayor población activa, en las fases de preparación y ejecución de los contratos públicos.

Por último, la nueva Directiva de la Unión Europea sobre contratación pública, 2014/24/UE, impulsa la adopción de medidas sociales, como la inclusión de personas con discapacidad.

Surge clara la necesidad de respetar en Argentina un sistema de valores que propugne la inclusión, en el sentido de tender progresivamente a incorporar cláusulas sociales tanto en la preparación, como en la adjudicación y ejecución del contrato.

En la primer etapa, como criterio de admisión, exigiendo requisitos previos de carácter social o la acreditación de experiencia o solvencia técnica en materia de inserción sociolaboral para que la empresa pueda ser contratada. Por ejemplo exigir que se trate de una empresa de inserción[52]. Como criterio de adjudicación, señalando características o compromisos de carácter social que serán puntuados en dicha etapa. Por ejemplo que un porcentaje de la plantilla que ejecutará el contrato sean personas con dificultades de acceso al empleo. Y como criterio de ejecución, como

---

51 **LEMES ZABALEGUI, Santiago** y **RODRÍGUEZ ZUGASTI, Laura**, *Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de Criterios Sociales*, https://ideas.coop/wp-content/uploads/2016/05/Guia-sobre-Contratacio%CC%81n-Pu%CC%81blica-Sostenible.pdf.

52 Entendidas como aquellas estructuras productivas de bienes o servicios que tengan como fin la incorporación al mercado laboral de colectivos en situación de desventaja social o exclusión y lleven a cabo un proyecto personal de inserción mediante un proceso de aprendizaje adecuado que contemple la consecución de habilidades sociales, laborales, formación básica, cualificación laboral y conocimientos del mercado que les permitan mejorar sus condiciones de empleabilidad.

una obligación, señalando condiciones obligatorias de carácter social para esa fase del contrato. Por ejemplo que la empresa adjudicataria deba ineludiblemente contratar a un número de personas en situación o riesgo de exclusión social[53].

4. La responsabilidad social en materia de contrataciones públicas.

En concordancia con lo expresado precedentemente, los contratos del sector público deben cumplir con pautas claras de responsabilidad social, convirtiéndose en herramientas susceptibles de remover obstáculos para la integración social de colectivos vulnerables, a fin de menguar los alarmantes datos expuestos en la introducción.

El Banco Mundial identifica cuatro posibles funciones de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad social: obligar, facilitar, colaborar, promocionar[54]. En el primer caso, el Estado tiene a su cargo el dictado de una regulación específica de carácter obligatorio, vgr. la Ley 22.431, modificada y complementada por la Ley 25.689, en materia de contratación de personas con discapacidad. En la práctica comprobamos el fracaso de estas regulaciones si no van acompañadas con medidas efectivas de contralor y sanciones en caso de incumplimiento.

En cambio en los últimos tres, el Estado puede estimular a los contratistas de múltiples modos: poniendo en marcha campañas de sensibilización ciudadana, promocionando el consumo socialmente responsable, estableciendo un marco fiscal y de financiación que incentive la contratación de colectivos vulnerables, entre otros[55].

En definitiva, promover desde el Estado un cambio cultural real.

En este aspecto nuestro país aún tiene mucho camino por recorrer. En principio, ordenar los procesos de ingreso a la función pública en los tres poderes del Estado, no sólo tendiendo a la incorporación de colectivos vulnerables sino regularizando la situación de revista del personal que hoy se desempeña bajo diversas formas contractuales que no condicen con la normativa en vigor, vgr. contratación de personal transitorio o contratado para la realización de tareas de personal permanente, utilización de regímenes de pasantías más allá de los plazos legales, contratación de personal fuera del marco de concursos públicos y abiertos, etc.

Asimismo, establecer estructuras organizativas eficaces al cumplimiento de los fines públicos para lo cual fueron creadas, evitando la superposición de funciones en diversas reparticiones que sólo sirven para detraer fondos públicos que pueden utilizarse más adecuadamente.

Promover la inclusión en todas sus formas, evitando agresiones a los derechos fundamentales, alcanzando la máxima observancia de estándares laborales dignos y no discriminatorios, propendiendo a la incorporación al mundo del trabajo mediante diversas formas de contratación administrativa de colectivos vulnerables en sus diversas tipologías.

---

53 http://www.faedei.org/images/docs/documento29.pdf.

54 **MELLE HERNÁNDEZ, Mónica**, *La responsabilidad social dentro del sector público*, Ekonomiaz, N° 65, 2° cuatrimestre, 2007, págs. 86 y ss.

55 Ibídem.

Erradicar la corrupción, a través de prácticas transparentes que puedan ser auscultadas en tiempo real por la ciudadanía, tendientes a prevenir actos no deseados y con un fuerte sistema de sanción a funcionarios y contratistas del Estado.

El Estado es la entidad que primariamente debe asumir el compromiso ético que implica el respeto a la diversidad e igualdad de oportunidades.

En definitiva, utilizar la contratación pública como una herramienta cotidiana de inclusión e integración social.

5. Conclusión.

La grave situación social que vive Argentina, exige imperativamente un cambio de cultura estructural respecto de cómo el Estado debe articular y utilizar la figura de la contratación administrativa, en pos de paliar los graves problemas de exclusión que mantienen a un alarmante porcentaje de nuestra población sufriendo una fuerte discriminación.

Pobres, discapacitados, mujeres, entre otros colectivos vulnerables, deben ser tenidos en especial consideración al momento de gestionarse recursos públicos para la satisfacción de necesidades sociales.

Hablar de la contratación administrativa como política pública, indica un paradigma de actuación que lejos de resolver el desempeño del Estado en el marco de actuaciones meramente instrumentales y formales, lo colocan en la obligación de pergeñar un proceso de planificación estratégica que establezca parámetros de actuación mensurables y controlables, no sólo por los gestores gubernamentales sino también por parte de la sociedad.

En cuanto a la *mensurabilidad*, estimamos que resultan fundamentaleslos instrumentos de planificación y gestión estratégicos, a fin de medir el impacto de la política pública en curso en cuanto a la protección de los derechos sociales de los ciudadanos[56].

Respecto del control, siguiendo a Ozslak[57], entendemos que no se trata sólo de la voluntad política de un gobierno de abrirse a través de las muchas iniciativas existentes en materia de gobierno abierto, sino que incluye una nueva modalidad de relación con el ciudadano, consistente en la posibilidad de escucharlo, de responderle, de admitirlo como coproductor, de que el ciudadano pueda exigir que se rinda cuentas.

Muy crítico y analítico de las políticas públicas en nuestro país, describe un Estado que actúa sin planificación, con información escasa, sin coordinación entre organismos y jurisdicciones y, sobre todo, con funcionarios que no han internalizado 'la disposición moral a rendir cuentas'.

Sin dudas que estas ideas no se esbozan con la intención de derramar escepticismos fútiles que no conducen a nada.

---

56 Para ampliar el abordaje, confr. **ANTIK, Analía,** *Operatividad de los derechos sociales en materia de vivienda*, ob. cit, págs. 133 y ss.

57 Confr.**OSZLAK, Oscar**, *Los funcionarios públicos no han incorporado la disposición moral a rendir cuentas*, Diario La Nación, Suplemento Enfoques, entrevista realizada por Raquel San Martín, 14/12/2014, págs. 1 y 3.

Consideramos que el Derecho Administrativo clásico ya no cumple el rol de contener a una sociedad que requiere de institutos renovados que propendan a la realización de valores de integración, inclusión, solidaridad y no discriminación.

Como expresa nuestro querido amigo Jaime Rodríguez Arana Muñoz, *El derecho fundamental a la buena administración, trae consigo el replanteamiento del derecho administrativo en su conjunto. Ahora, desde la centralidad del ciudadano y desde su participación activa en la conformación de los intereses generales, el derecho administrativo y sus principales categorías deben ser nuevamente formulados puesto que ahora la relevancia de los derechos fundamentales de la persona sugiere nuevas formas de comprender el derecho administrativo*[58].

Que estas Jornadas que dan la oportunidad de analizar al contrato administrativo bajo el paraguas de la política pública, renueven la esperanza de construir un derecho público comprometido con la concreción de los derechos de todos.

58 **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime**, *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*, Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 6, ene-dic, ISSN 1794-600X, Bogotá, 2013, págs. 23 y ss.

EL DISEÑO DE LOS PLIEGOS CONTRACTUALES Y LA BUENA ADMINISTRACION: Tres casos emblemáticos

Juan Carlos Moron Urbina*

SUMARIO: 1. Presentación.- 2. El principio de publicidad y claridad en la redacción de los pliegos de las licitaciones y concursos públicos.- 3.- El Principio de facilitación en la formulación de los pliegos de las licitaciones públicas. 3.1. Los alcances de la conexión entre consultas y principio de facilitación.- 3.2. La simplicidad en las consultas y las formalidades inexigibles.- 3.3. Los posibles contenidos de la consulta a los pliegos como expresión de buena administración. 3.4. La Absolución de las Consultas como expresión de buena administración.- 4. Principio de acceso a la información del proceso de selección según los pliegos de los concursos. 4.1. Aspectos generales del acceso a la información pública.- 4.2. ¿Qué información es accesible al ciudadano por medio de este derecho?4.3. El acceso a la información durante los procesos de selección y como configurar su ejercicio en los pliegos del proceso. 4.3.1. La legitimidad de quien solicita el acceso a la información.-4.3.2. La oportunidad en que ese derecho se puede ejercer dentro del curso del proceso de selección. 4.3.3. La información objeto del pedido de acceso durante el proceso licitario.- 5. Conclusiones.

1. Presentación.

Conforme a la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Publica[1] que representa el consenso regional sobre la materia, el término "Buena Administración" posee una triple funcionalidad: como principio general de aplicación a la administración pública y al derecho administrativo, como una obligación inherente a todas las entidades públicas derivada del Estado democrático y social del derecho y finalmente, como un derecho

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo - IIDA. Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de San Martin de Porres, y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Echecopar. Email: juancarlos.moron@echecopar.com.pe

1 Documento aprobado por el Consejo Directivo del CLAD y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

fundamental, del que se derivan otros tantos derechos concretos o componentes que, en conjunto, definen el estatuto del ciudadano en relación con la administración pública.

Como obligación, la Buena Administración resalta como:

> "(..) una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable".

Para enlazar esta obligación con el diseño de los pliegos de los procesos de selección, nos referiremos a tres componentes de la Buena Administración:

- El principio de publicidad y de claridad del quehacer administrativo[2]
- El principio de facilitación.[3]
- El principio de transparencia y acceso a la información de interés general.[4]

2. El principio de publicidad y claridad en la redacción de los pliegos de las licitaciones y concursos públicos.

Por el principio del publicidad y de claridad, en su quehacer administrativo las autoridades procuraran dar a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, según las diferentes legislaciones de cada país, entre otros, sus actos, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.

Este principio no puede entender desconectado de otro principio también conformante de la buena administración, que es el de "Seguridad Jurídica", que obliga a que las entidades procuren *"(…) usar en la elaboración de los actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos"*.[5]

Ahora veamos cómo se pueden aplicar estas pautas de la buena administración a la redacción de los pliegos. Como sabemos, previamente a la apertura de una licitación, las entidades públicas se encuentran obligadas a realizar los estudios que le permitan determinar la razonabilidad y conveniencia de los bienes, servicios u obras en los que pretenden invertir recursos públicos y ejecutar mediante contratos; a elaborar los planos, proyectos y diseños definitivos; a definir los pliegos de condiciones, a calcular el valor aproximado del contrato y, en fin, a diligenciar la disponibilidad presupuestal que ampare el compromiso negociar.

---

2 Carta Iberoamericana de los Derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Publica, Capitulo II, Principio No. 14

3 Carta Iberoamericana de los Derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Publica, Capitulo II, Principio No. 20

4 Carta Iberoamericana de los Derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Publica, Capitulo II, Principio No. 22.

5 Carta Iberoamericana de los Derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Publica, Capitulo II, Principio No. 18

El principio de buena administración proyecta importantes exigencias a la formación del contrato administrativo fundamentalmente *en los momentos anteriores a la convocatoria* en el que la administración elabora unilateralmente las reglas del contrato, pero prosigue durante la fase de convocatoria y en la conducción del proceso de selección hasta la fase de perfeccionamiento del contrato. En todos estos momentos, las partes deben observar un comportamiento leal y diligente que se trasunta en el deber de informarse recíprocamente de aquello que sea relevante para la concreción del negocio. En particular, la administración como diseñadora del proyecto debe brindar toda la información relevante para que el postor pueda decidir su participación debidamente informado, sin perjuicio de su autorresponsabilidad de obtener la información que le sea necesaria y posible dentro del ámbito y tiempo que tiene para decidir su postulación y estructurar su mejor propuesta técnica y económica.

Durante *la preparación de las bases del proceso*, la actuación unilateral en la conformación de las reglas del proceso, del esquema contractual y las condiciones de selección hacen el momento idóneo para evidenciar la calidad y suficiencia de la información que se traslada a los postores potenciales. Particularmente teniendo en cuenta que no existe propiamente tratativas o negociaciones, sino imposición de reglas y adhesión del postor, es que la buena administración conduce al deber de trasladar a los potenciales postores toda la información necesaria referida principalmente a las riesgos contractuales, a su asignación y al proyecto del contrato de modo que refleje un óptimo contractual [6], entendido como el esquema contractual adecuado tanto para la Administración como para el contratista, y no uno sesgado hacia los intereses de la administración.

Es atentatorio contra la buena administración incluir como reglas para imponer una clausula con los árbitros de un centro de arbitraje en particular, la renuncia de derechos del contratista, crear más requisitos que los que la ley exige para que se adquiera un derecho contractual, o que la administración se libere de cargas que la normativa o la buena práctica de la contratación exigen, entre otros. Si bien la entidad posee competencia discrecional para poder configurar los elementos de las bases, tienen a su carga la responsabilidad por la plenitud, confiabilidad y actualidad de la información que presenta.[7]

La información previa para el proceso de selección se trasunta en el expediente técnico, en los términos de referencia, en el estudio de factibilidad así como en las reglas para la ejecución del

---

6 Término acuñado por MONEDERO GIL, Doctrina del Contrato del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 313.

7 La doctrina colombiana agrega a estos atributos de la información que se transmiten en las bases, la carga de la "claridad de la información" por parte de la administración, según la cual, "si el oferente presenta su oferta con fundamento en los estudios previos y en el contenido del pliego, y son incompletos o errados, habrá responsabilidad de la administración", del mismo modo, como si el pliego "no comprende todos los estudios propios de las ofertas, no comprende todos los estudios propios del principio de planeación u omite el cumplimiento de requisitos obligatorios y previos al proceso (licencias de construcción, licencias ambientales, adquisición de predios concordantes con la ruta crítica del proyecto), será una responsabilidad que debe asumir la administración, dada la carga de claridad que le es imputable en el documento que va a regir todo el proceso contractual. Los errores en el contenido del pliego que hayan dado origen a una equivocación del oferente y futuro contratista acerca de las condiciones en que se ejecutara el contrato no permiten, endilgar el riesgo de su ejecución al particular" GONZALEZ LOPEZ, Edgar; El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. U. Externado de Colombia, Año 2010, op. cit., p. 92 y ss.

contrato. Todas ellas deben contener información confiable, completa y actual, como imperativo de la obligación de actuar de buena fe en este momento,

> "(...) no se satisface simplemente con el cumplimiento formal por parte de las entidades públicas de las prescripciones legales, es decir, con una elaboración a la ligera de los estudios, planos, diseños y pliegos de condiciones; puesto que la buena fe contractual le impone la carga de extremar la diligencia y la actividad profesional necesaria para confeccionar un esquema contractual optimo, que reúna todas las exigencias legales, técnicas y económicas que permitan la selección objetiva del contratista y el cumplimiento del objeto contractual. Máxime, si se tiene en cuenta que el contrato estatal es un típico negocio jurídico de adhesión, elaborado unilateralmente por la Administración Publica sin ninguna participación del futuro contratista, quien se limita a presentar su propuesta ciñéndose estrictamente a las bases planteadas en el pliego de condiciones. De ahí que como contrapartida, la entidad licitante con fundamento en las exigencias éticas de la lealtad, probidad y el espíritu de cooperación, inherentes al postulado de la buena fe que debe inspirar a las partes en la celebración de los contratos, habrá de realizar un gran esfuerzo para hallar un punto de equilibrio entre el interés público y el interés del administrado".[8]

Ejemplos típicos de defectos en la información necesaria a los postor es la omisión por parte de la entidad pública de elaborar los estudios, planos y diseños, especificaciones técnicas y pliegos de condiciones, o su preparación en forma incompleta, errónea o ambigua, porque en todos estos casos

> "(…) impedirían posteriormente la comparación objetiva de las propuestas, lo que debe conducir a que la licitación se declare desierta; o afectara necesariamente la normal ejecución del contrato en detrimento de la comunidad o del patrimonio del contratista, por los cambios que más adelante se deban introducir al objeto de la relación jurídica, por la falta de previsión al momento de preparar los documentos (suspensiones temporales de plazo, cambios de especificaciones técnicas, obras adicionales, prorrogas, etc.)"[9]

En específico algunos casos de información relevante para la formación del consentimiento del postor, permitirle una decisión informada para preparar la propuesta técnica y económica acorde a sus interés y decidir la postulación al proceso son las referidos a los riesgos contractuales, en particular los que le pretenden asignar, como por ejemplo: las características del terreno sobre los cuales se edificara la obra, la ubicación de las canteras para proveerse de material para la construcción, la fecha de entrega de los terrenos, la situación liberada o no de los terrenos o instalaciones donde se ejecutaran las prestaciones y en su caso, la fecha de su liberación o expropiación, las licencias y permisos que serán aplicables para realizar la actividad, la información sobre los restos arqueológicos en la zona, la existencia de oposición de grupos sociales específicos (gremios, sindicatos, pobladores, etc.) al proyecto, las contingencias de juicios, embargos o cargas que puedan afectar la ejecución del proyecto, la certificación del presupuesto existente para contratos plurianuales, la superposición con otros proyectos que el propio Estado tiene proyectado

---

8 ESCOBAR GIL, Rodrigo; Teoría General de los Contratos de la Administración Publica. Legis, Primera Edición, 2000. Colombia, p. 233.

9 ESCOBAR GIL, Rodrigo; Teoría General de los Contratos de la Administración Publica. Legis, Primera Edición, 2000. Colombia, p. 233.

realizar, los lugares y procedimientos para la entrega de bienes suministrados en diversos locales de la entidad, los estudios que pudiera tener el Estado sobre tendencias futuras de la demanda de un servicio público que se busca concesionar, los pasivos ambientales preexistentes, etc.

Igualmente afectan esta exigencia de buena administración si la información es suministrada pero con el agregado de ser una información "meramente referencial", que no obstante suministrarla, el contratista debe "*hacer sus propios análisis bajo su responsabilidad"* o simplemente presentar información errada (ej. Afirmar que no había restos arqueológicos cuando aún no se había certificado ello). En esa misma línea, la entrega de información no ajustada a ley, como por ejemplo, si el expediente técnico ha incluido una fórmula polinómica elaborada contraviniendo las reglas previstas. En estos casos es claro que se ha privado de eficacia a la información entregada.

¿Qué características debe poseer la información a los postores para cumplir con la obligación de buena administración?

Cuando en la formación de los contratos administrativos concurren los siguientes elementos, podemos afirmar que existe la obligación de la entidad de proporcionar correcta y oportunamente información a los postores:

I) Información relevante que amerita ser conocida por el postor para formular su propuesta técnica y económica debidamente estudiada. Por ejemplo, es relevante conocer las características del terreno sobre los cuales se edificara una obra, la ubicación de las canteras para proveerse de material para la construcción, la fecha de entrega del terreno, la situación liberada o no de los terrenos o instalaciones donde se ejecutaran las prestaciones y en su caso, la fecha de su liberación o expropiación, la información sobre los restos arqueológicos en la zona, la existencia de oposición de grupos sociales específicos (gremios, sindicatos, pobladores, etc.) al proyecto, las contingencias de juicios que puedan afectar la ejecución del proyecto, la certificación presupuestal para contratos plurianuales, la superposición con otros proyectos que el propio Estado tiene proyectado realizar, los lugares y procedimientos para la entrega de bienes suministrados en diversos locales de la entidad, los estudios que pudiera tener el Estado sobre tendencias futuras de la demanda de un servicio público que se busca concesionar, los pasivos ambientales preexistentes, etc. Nótese que toda esta información corresponde ser elaborada con anticipación por la autoridad dentro del ciclo de planeamiento de la acción del estado y por ende, es información bajo su control.

II) La ignorancia legitima del postor de la información relevante, quien la necesita para presentar una seria propuesta. Sin que pueda exigírsele que la busque, pida, obtenga y analice por sí mismo en el plazo para la preparación de la propuesta, existiendo una asimetría informativa por ser información que administra el Estado.

III El conocimiento real o, imputado, por estar en la esfera de control de la entidad, aquella información relevante.

IV La ausencia del suministro de la información a la otra parte: que se puede presentar no trasmitiendo la información que posee, no informándole debidamente (mantenerse en situación de desconocimiento) para no trasladar la información relevante a la otra parte, suministrando in-

formación defectuosa (incompleta, oscura, inexacta, falsa o insuficiente, etc.), pretender limitar su responsabilidad de entregarla durante la negociación, transferir el deber de su obtención a la otra parte, o restando credibilidad a la información entregada o excluyendo su responsabilidad por la misma, informar a medias, inducir a error, o no actualizar información cuando hubo un cambio de circunstancias respecto a la información suministrada anteriormente durante el mismo proceso.

¿El deber de claridad en este caso implica un factor cualitativo o cuantitativo?

Finalmente, cabe reflexionar si el deber de suministrar esa información a los interesados se agota con su consignación escondida entre las reglas del proceso, entremezclada con las demás reglas o haciendo referencia a otras disposiciones o directivas o normas; o, por el contrario, es necesario además en función de la relevancia de la información, que la entidad adopte un rol más activo que resguarde de mejor manera la cognoscible para el postor. Como bien manifiesta el profesor **MEILAN**, "la transparencia va más allá de la obligación de motivar la actuación, y de la información y publicidad, aunque las englobe. Se ha dicho que es el derecho de los ciudadanos de conocer y entender la actividad administrativa. Un conocimiento o entendimiento que se adquiera de un modo fácil, sin que sea el resultado de un esfuerzo que requiera de especialización del ciudadano interesado. No es mera información, sino información de tal calidad que cumpla con las condiciones que acaban de exponerse. Un exceso de información puede incluso dificultar la transparencia"[10]

En nuestra opinión, para que el suministro de información sea conforme al principio de buena administración, no basta la autorresponsabilidad el postor para conocer alguna información escondida, sino que es indispensable una actividad comprometida y promotora de parte de la administración para hacer notar esa información al postor. Como bien afirma el Código ReNEUAL (Research Network on EU Administrative Law) de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea:

"Solo cabrá invocar frente al contratista condiciones generales de los contratos presentadas por una autoridad de la UE y que no hayan sido negociadas individualmente, si el contratista las conocía previamente o si la autoridad de la UE adoptó medidas razonables para llamar la atención del contratista sobre las mismas, ya fuera antes o durante la celebración del contrato. Una mera referencia a dichas condiciones en un documento contractual no bastara para considerar que se ha llamado la atención del contratista sobre ellas suficientemente, incluso en el caso de que el contratista haya firmado el documento". [11]

---

10 MEILAN GIL, José Luis; Derecho administrativo revisado. Andariva Editora, Colección Ciencias y Pensamiento Jurídico, No. 24. Mayo 2016, Santiago de Compostela, p. 255

11 Código RENEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea. Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Colección Monografías. Primera Edición, Abril, 2015, p 224. Código académico de procedimiento administrativo de la Unión Europea elaborado por la red ReNEUAL de investigación en Derecho administrativo de la UE (Research Network on EU Administrative Law), integrada por más de un centenar de profesores de toda Europa. El referido Código se encuentra disponible en la web de dicha red (www.reneual.eu).

3. El Principio de facilitación en la formulación de los pliegos de las licitaciones públicas.

3.1. Los alcances de la conexión entre consultas y principio de facilitación.

Por el principio de facilitación, componente del deber de buena administración, *"los ciudadanos encontraran siempre en la administración pública las mejores condiciones de calidez, amabilidad, cordialidad y cortesía para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten*. *En estos caso, el uso de las TICS facilita la tramitación de numerosos procedimientos y permite de forma puntual conocer en cada momento el estado de la tramitación así como solventar las dudas que puedan tener los interesados".*

En este caso, conectamos el deber de solventar las dudas de los interesados en las licitaciones, con su necesidad de comprender íntegramente las reglas del proceso para decidir si participa o no, determinar una oferta competitiva en términos técnicos y económicos, y anticipar como será calificada su propuesta en función de esas mismas reglas.

Para ello, la regulación peruana cuenta con la Fase de Consultas en las que los participantes en cualquier proceso de selección realizan preguntas a la entidad convocante, con el objeto de obtener en forma anticipada la información que juzga útil para su participación esclareciendo su comprensión que aparece confusa, dudosa, omisiva o contradictoria. Es una fase que satisface las exigencias mínimas de seguridad y certeza sobre el entendimiento de los criterios definidos por la entidad convocante en el proceso de selección.

Desde la perspectiva de la administración, la existencia de la etapa de consultas y su cabal cumplimiento significa satisfacer dos principios básicos de la gestión pública: transparencia y predictibilidad. Conforme al principio de transparencia en las adquisiciones y contrataciones del Estado toda adquisición o contratación debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, siendo precisamente la etapa de las consultas, el momento por excelencia, en que los interesados pueden verificar y mejorar el grado de objetividad y sustentación de los criterios y calificaciones, y en general, de todos los elementos constitutivos de las bases.

Por otro lado, siguiendo el principio de predictibilidad, las autoridades administrativas deben brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada proceso (como es la absolución de las consultas), de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia certera de cuál será el resultado final que se obtendrá (puntaje y calificación que razonablemente le correspondería merecer). En buena medida, la absolución por parte de la administración promueve la certeza administrativa, porque se facilita a los administrados el conocimiento y el entendimiento de los criterios que les conciernen, al anticipar la Administración, la interpretación que considera aplicable y, por tanto, cuál será el tratamiento jurídico previsible para los hechos consultados.

El derecho a consultar y a ser respondido, es un verdadero derecho subjetivo sustentado en un interés legítimo: obtener una interpretación autorizada de la Administración y que ésta a partir de adoptar una decisión, respete sus pronunciamientos, lo que la diferencia de la petición de información, en el que no existe un interés concreto y a lo único que aspira el administrado es

a obtener determinado conocimiento que permitan ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia especifica. De este modo, la consulta, conlleva la vinculación para la entidad que la emite (independientemente del funcionario que la suscriba), en cuya virtud, esta debe atenerse necesariamente a los criterios expuestos en la respuesta si el postor realiza los presupuestos de hecho coincidentes con los datos proporcionados a la entidad, y la legislación aplicable no ha sido modificada.

Por su parte, la absolución de la consulta, constituye un acto administrativo declarativo generador de determinadas consecuencias jurídicas, siendo los más evidentes, la auto vinculación de la administración a sus propias interpretaciones y, hacer operar el principio de conducta procedimental en favor del consultante y de los actos propios (venire contra factum propium no valet). De modo que si el administrado acomoda sus actos a los hechos que hubieran sido objeto de la consulta, no podrá variarse la consecuencia jurídica expuesta en la absolución de la consulta, sin incurrir en responsabilidad y viciar el proceso. Por ello, resultarán aplicables a la consulta sobre las Bases, los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional peruano, sobre los deberes de la Administración para respetar el derecho constitucional de petición:

a) Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias;
b) Abstenerse de cualquier forma o modo de sancionar al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho;
c) Admitir y tramitar el petitorio;
d) Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación;
e) Comunicar al peticionante la decisión adoptada.

En suma, la consulta instituye una fase específica para el mejor entendimiento entre la autoridad convocante y los administrados, dirigido a facilitar a estos últimos la comprensión anticipada (previsibilidad) de los distintos aspectos del proceso convocado (bases, proyecto de contrato, calendario del proceso, etc.).

En la conducción del proceso y en adelante también el deber de brindar información tiene presencia importante en el momento de absolución de las consultas[12] que los postores buscan precisamente por encontrar que la información presentada inicialmente está incompleta, contradictoria, o inexacta.

El cumplimiento del principio de facilitación, se muestra en el Pliego de absolución de consultas que la entidad comunica a los participantes aportando la información solicitada para esclarecer las Bases materia de la convocatoria. Esta respuesta debe cumplir con el estándar del deber de información poseyendo fundamentación suficiente al absolver cada una de las consultas de los postores, no solo expresando una posición, sino motivándola jurídica y fictamente suficientemen-

12 Ver MORON URBINA; Juan Carlos; "Régimen legal de las consultas y las aclaraciones a las bases en los procesos de selección". En: Preguntas y Respuestas sobre la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. García Consultores & Editores, 2006. (pág. 17 - 36)

te para convencer de la corrección de su posición. Solo así los postores tendrán conocimiento cierto y predecible de las reglas de juego del proceso.

La autoridad incumple con absolver cabalmente las consultas si no se sustenta debidamente su posición, limitándose a responder escuetamente "No", "estese a lo indicado en las bases" o indicar que la documentación respectiva será puesta en conocimiento en su oportunidad.

La necesidad de la claridad de contenido del pliego absolutorio nos indica que la posición que expresa la autoridad al absolver la consulta no debe ser evasiva, confusa o incoherente sino con fundamento explícito para permitir atender las interrogantes que motivaron su formulación. No debe partirse de la idea que las bases son claras per se, ya que habiendo consultas, resulta evidente que algo necesita ser mejorado en su exposición de ideas para permitir su comprensión por los participantes.

Por tanto, resulta contradictorio con el principio de facilitación, las respuestas que reproducen las bases consultadas, se limitan a señalar que el participante debe ceñirse a las mismas reglas o a alguna norma legal, o que no guarden conexión lógica con lo consultado, cuando se responde ambiguamente con verdades a medias, o haciendo creer una situación inexacta al consultante. En esta misma línea, contraviene el principio, absolver una consulta informando a medias las realidades, inducir a error por evadir una consulta que precisamente quiere fijar con claridad una información, o, incluso, no actualizar información cuando hubo un cambio de circunstancias respecto a la información suministrada anteriormente durante el mismo proceso.

No podríamos cerrar esta revisión al deber de información en la fase de absolución de consultas si no concluimos afirmando que cuando la administración incurre en cualquier incumplimiento, la no presentación de consultas al respecto por parte de los postores no sanea el vicio. No es arreglado a derecho pretender regularizar su propia falta al deber de información, precisamente porque no fue advertido por el postor. Ello equivaldría a trasladarle al postor el riesgo de la transgresión al deber de información exonerándosela al verdadero autor, aprovechándose de su confianza. Como bien afirma GONZALEZ LOPEZ a este respecto,

> " (…) consideramos que como regla general la administración está obligada a cumplir con el deber de diligencia y de planeación para la elaboración del pliego, y es su responsabilidad que las reglas incorporadas sean claras y completas y no podría trasladarse a los particulares u oferentes, o tampoco deducir una responsabilidad compartida, pues es de ella la carga de claridad y de consistencia sobre la determinación de la necesidad, y de sus condiciones, y de realizar los estudios previos y cumplir los requisitos necesarios que permitan iniciar el proceso de contratación con miras a su satisfacción" [13]

3.2. La simplicidad en las consultas y las formalidades inexigibles.

Siendo la consulta sobre las bases una manifestación del principio de buena administración, resulta jurídicamente exigible que la entidad convocante facilite los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias, así como brinde las máximas condiciones para que se admita y tramita el petitorio. En una palabra la formulación

13 GONZALEZ LOPEZ, op. Cit., p. 91 y sgte.

de la consulta es una actividad sujeta al principio de simplicidad, por lo que su procesamiento (admisibilidad, análisis y resolución) debe ser sencillo, eliminando cualquier posible complejidad para el administrado.

No obstante resulta usual, que las entidades convocantes incorporen ilegalmente exigencias formales como la presentación de las consultas en determinados formatos, o el señalamiento de un máximo de renglones por consulta, o mediante soportes magnéticos (incluso en determinada versión de programas), el pago de tasas, la presentación exclusivamente en vía electrónica, etc. Todos estos son trabas innecesarias para el participante, a quien solo puede exigírsele que presente las consultas por escrito y dentro de los plazos legales señalados al efecto. Incluso, cuando las bases las contemplan, el participante conserva la posibilidad legal de considerarlos como facultativos y no obligatorios, por transgredir el ordenamiento, e incluso puede determinar la nulidad de la etapa y del proceso, en caso, algún postor se hubiese visto perjudicado por algunas de estas exigencias.

Al respecto, en posición que compartimos, se ha establecido en reiterados pronunciamientos que:

> " (...) Conforme a lo estipulado por el artículo 98º del Reglamento, 27º de la Ley y los artículos 109º y 113º del Reglamento establecen que los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases o plantear solicitudes respecto de ellas, así como plantear observaciones. Como se advierte de las normas acotadas, no se ha previsto formalidades o requisitos adicionales que condicionen la presentación de consultas, que no sea su simple presentación por escrito, dentro de los plazos establecidos. En tal sentido, bajo ninguna circunstancia pueden consignarse requerimientos adicionales que signifiquen una barrera para que los participantes ejerzan los derechos que les asisten. Toda vez que en las Bases se solicita anexar a las consultas y observaciones formuladas, un diskette que las contenga, el Comité Especial deberá informar, luego de la verificación respectiva, si algún participante ha visto perjudicado su derecho a consecuencia de los requerimientos descritos; de ser éste el caso, corresponderá al Titular del Pliego declarar de oficio la nulidad del proceso y disponer que se retrotraiga hasta la etapa pertinente".

3.3. Los posibles contenidos de la consulta a los pliegos como expresión de buena administración.

La consulta a las Bases los participantes al proceso puede contener tres variantes:

I) Las consultas en sentido estricto, por medio de la cual el solicitante intenta comprender mejor la intención de la autoridad convocante sobre, por ejemplo, la forma de presentación de la oferta (quien suscribe los documentos, o el número de ejemplares a presentarse), alguna documentación solicitada (la fecha de vigencia de una constancia de habilitación profesional, etc.). Incluso esta consulta puede también conllevar que el participante plantee alguna hipotética oferta económica o técnica para apreciar como seria evaluada por la entidad convocante, como por ejemplo podría suceder para entender cómo se valorara el factor experiencia por parte del postor.

II) La solicitud de aclaración sobre el alcance o contenido de cualquier aspecto de las Bases. En esta variante, el participante realiza un cuestionamiento o reclamo sutil a la forma en que se

ha expresado algún aspecto de las bases (puntajes, exigencias mínimas, anexos, modelo de contrato, etc.) en la pretensión que la redacción sea modificada por la autoridad para su mejor y homogénea compresión por parte de todos los interesados.

III) Plantear solicitudes respecto de las Bases, que es una variante más alejada de las anteriores, pero que igualmente permite al participante adquirir información para poder estar en condiciones de adoptar sus decisiones empresariales (postular o no, definir al oferta económica, o técnica, postular solo o en consorcio, etc.) y, además, para controlar la legalidad del proceso de selección en el cual pretende participar. Por ejemplo, puede solicitarse la entrega de alguna información o resolución de la entidad concerniente al proceso de selección, o de los estudios de mercado anteriores a la convocatoria para definir el objeto contractual o el valor referencial, etc.

Respecto a esta variante de consulta, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

> "El objetivo de la etapa de presentación de consultas es brindar a los participantes la oportunidad de dar a conocer los aspectos de las Bases que resulten ambiguos y que por ello merezcan algún tipo de precisión o aclaración, sin que ello suponga que a través de dicho procedimiento se deban formular planteamientos orientados a modificar el requerimiento original de la Entidad o de cualquier otro aspecto, como la metodología de evaluación, las disposiciones sobre ejecución contractual, entre otras. Las solicitudes que podrán plantearse en la etapa de presentación de consultas deberán estar referidas a la entrega de información y/o documentación adicional a las Bases Administrativas, pero que guarden vinculación con el proceso de selección que se está realizando, tal como sería la solicitud del estudio de mercado, la estructura de costos, la identificación de los miembros del Comité Especial, entre otros".

Es importante anotar que a nuestro criterio, el participante al proceso puede proponer alguna modificatoria a las bases convocadas siempre que se dirijan a un mejor encuadramiento de las mismas con el ordenamiento de las contrataciones (por ejemplo, la inclusión de una exigencia de fuente legal para la admisión de las propuestas, o la eliminación de alguna exigencia que viole el principio de libre concurrencia al proceso, o el trato igualitario a todos los postores). Lo que si no sería posible solicitar la inclusión de alguna exigencia nueva que no provenga de un mandato legal sino de aspectos sujetos a la discrecionalidad de la autoridad, como por ejemplo, proponer que se incluya la exigencia de contar con una certificación ISO para el bien a adquirirse.

3.4. La Absolución de las Consultas como expresión de buena administración.

El acto más importante de esta fase es el pliego de absolución de consultas que el Comité Especial debe comunicar a los participantes aportando la información solicitada para esclarecer las Bases materia de la convocatoria. Conforme al ordenamiento nacional, la absolución de las consultas debe guiarse por las reglas de: i) Competencia; ii) Fundamentación suficiente; y, iii) Claridad de contenido; iv) Auto vinculación de la absolución para el proceso de selección; y, v) Tratamiento igualitario a los participantes.

Por la regla de la **competencia interpretativa**, resulta claro que las consultas deben ser absueltas solo y exclusivamente por un órgano colegiado de la entidad actuando de manera autónoma, según su propio criterio: el Comité Especial. La competencia se basa en que siendo el Comité quien

elaboró las Bases quien evaluará la propuesta y elegirá a la mejor conforme a las bases, es quien tiene la mejor posibilidad de esclarecerlas con el objeto de tener un mismo nivel de entendimiento del proceso con los participantes.

Por la regla de la **fundamentación suficiente,** el Comité al absolver cada una de las consultas de los postores debe no solo manifestar una posición, sino motivarla jurídica y ficticiamente de manera suficiente para convencer de la corrección de su posición. Solo así los postres tendrán conocimiento cierto y predecible de las reglas de juego del proceso. Como bien ha manifestado, el Comité incumple con absolver cabalmente a las consultas si

> "(...) no cumplió con sustentar debidamente su posición, limitándose a responder: No o a indicar que la documentación respectiva sería puesta en conocimiento del CONSUCODE, Lo que significa una violación al principio de transparencia, el mismo que implica que los interesados en participar del proceso cuenten con información clara y completa respecto de los términos de las Bases (...)" .

La necesidad de la **claridad** de contenido del pliego absolutorio, es el eje del principio, porque nos indica que la posición que expresa el Comité al absolver la consulta no debe ser evasiva, confusa o incoherente sino lo suficientemente explícita para permitir atender las interrogantes que motivaron su formulación. No debe partirse de la idea que las bases son claras per se, ya que habiendo consultas, resulta evidente que algo necesita ser mejorado en su exposición de ideas para permitir su comprensión por los participantes. Por tanto, resulta contradictorias con esta regla, las respuestas que reproducen las bases consultadas se limitan a señalar que el participante debe ceñirse a las mismas bases o a alguna norma legal, o que no guarden conexión lógica con lo consultado

Por la regla de la **Autovinculación de la absolución** para el proceso de selección y el contrato ulterior, nos informa que la posición contenida en la respuesta a las consultas genera una vinculación definitiva para la entidad respecto a sus actuaciones futuras en las etapas sucesivas del proceso de selección, e incluso durante la ejecución del contrato y su conclusión. Vinculación que no solo es con el postor consultante, sino que favorece o perjudica a todos los partícipes en el proceso, por igual. De ahí que el pliego de absolución de consultas no pueda contener solo las consultas que formularon el participante, sino la de todos los consultantes. No importa que los integrantes del Comité varíen, o que sean otras las autoridades encargadas de las demás etapas del proceso, ya que quedaran inalterablemente sujetas a las declaraciones de voluntad que emitieron frente a todos los participantes al proceso.

La expresión tangible de este auto vinculación de la absolución para el proceso de selección la tenemos en la obligación del Comité de incluir todas las absoluciones en la integración de las bases que fije definitivamente las reglas del proceso. En este sentido, las bases integradas "constituyen un nuevo documento, producto de la absolución de consultas y observaciones, o se constituyen por las Bases originales, en caso de no haberse formulado consultas ni observaciones".

Finalmente, **la regla del tratamiento igualitario a los participantes** en materia de absolución de consultas consiste en la aplicación concreta –formal y sustantiva– del principio del mismo nombre. Por tanto toda aclaración que se realice sobre la base de una consulta debe ser extensiva a los demás para lo cual debe ser comunicada a todos los participantes (aun si no la hubiese formulado

o no hubiese presentado consultas), por ejemplo, debe entregarse a todos los participantes el estudio de mercado que sustenta el valor referencial, que hubiese sido pedido por un solo consultante. En lo sustantivo, las aclaraciones que realice el Comité no deben favorecer a algunos de los postores ni ir en desmedro de los demás participantes (por ejemplo, si el consultante pidiera una modificación de las bases para retirar un requisito que no posee, pero si los demás participantes),

4. Principio de acceso a la información del proceso de selección según los pliegos de los concursos.

4.1. Aspectos generales del acceso a la información pública.

Por los principios de transparencia y de acceso a la información de interés general, dentro del marco de una buena administración, el funcionamiento, la actuación y la estructura de la administración deben ser accesibles a todos los ciudadanos, de manera que éstos, salvo la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la información poseída por las entidades.

No cabe duda que nos encontramos en la época del auge de la búsqueda de la transparencia en la gestión pública que se manifiesta en diversos modos: los compromisos de las entidades de responder por la gestión, exigencia de procedimientos transparentes y de consulta en la formulación de decisiones de gobierno, incluyendo la respuesta oportuna y relevante a los cuestionamientos ciudadanos a las propuestas y a su implementación; normas y procedimientos coherentes para la implementación de políticas y el manejo de recursos públicos, incluyendo controles internos efectivos, y clara asignación de responsabilidades, el control externo posterior, calificado e independiente, que particularmente evalúe la implementación de políticas y la efectividad y eficiencia de los sistemas de administración, información y control interno, así como la verificación de resultados operativos, capacidad investigativa y de acusación bien desarrolladas y finalmente, la apertura al libre escrutinio de la prensa, de modo oportuno, responsable y competente en cuanto a políticas públicas, operaciones gubernamentales y su integridad. Todas estas expresiones de la búsqueda de transparencia, sirven para asegurar que en la provisión del servicio se respetan los derechos de los individuos (voz, elección, información, representación), valorar la participación en las decisiones que les afectan, construir confianza y legitimidad, así como prevenir o cuando menos limitar, la corrupción.

En dicha búsqueda, el derecho administrativo ha desarrollado una serie de instituciones jurídicas específicas, tales como: el acceso a los documentos e informaciones que obran en las entidades, la publicidad de las normas, actas y documentos de gestión pública, el deber de dar información sobre las políticas y acciones gubernamentales y las facilidades para comprender las decisiones públicas, la identificación del nombre de las autoridades públicas, las gestiones publicas participativas, la visibilidad de procesos organizativos y resultados y los impactos alcanzados, todos englobados ahora de un modo u otro, en el término moderno de la “buena administración”.

Indudablemente una institución emblemática en la búsqueda de la transparencia, es el Derecho de Acceso a la Información en posesión de los poderes del Estado que como bien público su

titularidad reside en la sociedad. En concreto, este derecho faculta a toda persona, sin distinción alguna a:

> "Solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido[14]. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)"

Para ejercer dicho derecho, no resulta exigible acreditar un interés directo o una afectación personal para poder obtener la información solicitada. Basta su interés general propio de toda persona. Tampoco una vez obtenida la información, puede imponerse al ciudadano la limitación a la difusión, puesto que quien accede a información tiene, a su vez, derecho a divulgarla en forma tal que ésta circule en la sociedad para que la ciudadanía pueda conocerla, acceder a ella y valorarla

Igualmente, por su alcance, este derecho posee dos fases: una faz positiva, según la cual este derecho impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar; y, una Faz negativa, la cual exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa. Por ello, el derecho también sirve para proteger afectaciones provenientes de la negación de su suministro sin existir razones constitucionalmente para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada.

Como correlato, la faz positiva de este derecho apareja para las entidades un conjunto de obligaciones particulares, como por ejemplo, la de responder sustancialmente a las solicitudes dentro del plazo razonable, determinando si existe o no el derecho de acceso a la información solicitada, agotar los medios de búsqueda de la información, proveer la información requerida, y fundamentar expresamente la existencia de alguna causal para no acceder al pedido.

4.2. ¿Qué información es accesible al ciudadano por medio de este derecho?

La información a la que puede acceder cualquier ciudadano por este procedimiento es toda aquella que se encuentre bajo la custodia, administración o tenencia de la entidad, tanto la que ella misma produce como la que está obligada a producir, la que está bajo su poder; la información que capta, y la que está obligado a recolectar de otros en cumplimiento de sus funciones. La información es accesible cualquiera sea su medio de soporte (contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital) y sin perjuicio de la antigüedad de su tenencia.

Sin embargo, el derecho no implica la: obligación de crear o producir información a pedido del solicitante, sin no se cuenta con ella o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, la obligación de realizar evaluaciones o análisis de la información que posean, ni emitir algún tipo de manifestación de voluntad o valoración particular, respecto a la información que posee.

---

14 El "Costo que suponga su pedido" implica que únicamente corresponde sufragar el importe correspondiente a los costos de reproducción de la información requerida. Cualquier costo adicional se entenderá como una restricción al ejercicio del derecho regulado por esta Ley, aplicándose las sanciones correspondientes. Por tanto, no pueden exigirse pagos especiales por concepto de "derecho de búsqueda o de información o pago por remuneraciones e infraestructura que pueda implicar la entrega de información, ni cualquier otro concepto ajeno a la reproducción".

4.3. El acceso a la información durante los procesos de selección y como configurar su ejercicio en los pliegos del proceso.

No cabe duda que el ejercicio del derecho de acceso a la información dentro de un proceso de selección en curso participa de las mismas calidades y alcances de cuando es ejercido en otros ámbitos de la actuación gubernamental.

En esa medida podemos sintetizar que el derecho de acceso a la información en los procesos de selección corresponde a todos los postores del proceso hayan llegado a la final del proceso, hayan sido excluidos del mismo, e incluso permite ejercerlo a terceras personas aunque no hayan participado en el mismo, pudiendo o no haberlo hecho.

El objeto de este derecho en el marco de los procesos de selección recae sobre el expediente de contratación íntegramente considerado, entendido como el conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a una determinada contratación, desde la decisión de adquirir o contratar hasta la culminación del contrato, incluyendo los documentos de la entidad, de otras entidades, y de los postores (adjudicatario, descalificados, inadmitidos, etc.), la información previa referida a las características técnicas, valor referencial, la disponibilidad presupuestal y su fuente de financiamiento, aunque no hayan sido organizadas como expediente formal a esa fecha.

En cuanto a su alcance, e derecho no solo consiste en la posibilidad física de examinar el contenido del expediente, sino de obtener simultáneamente copia de los mismos documentos. Nótese que esta simultaneidad, impide la indebida práctica de permitir el acceso meramente físico al expediente pero diferir o condicionar a gestiones posteriores la obtención de copias del mismo para su correspondiente análisis y control

Sin embargo, por las particularidades de los procesos de selección se necesita una adecuada regulación de su ejercicio en los pliegos y, para ello, consideramos, debe necesariamente diferenciar varias hipótesis y definir pautas de buena administración que hagan compatible esta exigencia con otros principios, valores y derechos también relevantes, como son la eficacia de la licitación pública, la integridad y prevención de prácticas indebidas por los interesados, y finalmente, el favorecimiento del control concurrente que este acceso a la información permite a los competidores.

En efecto, el acceso a la información dentro del proceso de selección debe ser oportuno de modo que funcione como un mecanismo de control del proceso mas no como un desproporcionado instrumento para diferir la atención de la necesidad publica demandada. A su vez, el acceso a la información del competidor debe ser compatibilizado con el derecho a la reserva comercial de la información que transparenta, en su propuesta, la empresa competidora a la entidad. A su vez, el acceso a la información debe funcionar con prudencia para no transparentar información del proceso –o por lo menos no hacerlo en momentos impertinentes– porque puede funcionar como un instrumento favorecedor de prácticas incorrectas de los interesados y postores.

Si bien uno de los baluartes de la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas es la transparencia, debe estarse alerta a que "*en ciertas circunstancias, las medidas de fomento de*

la transparencia pueden facilitar la colusión entre los proveedores"[15], permitiendo los acuerdos colusorios y dando las condiciones para que los coludidos controlen el cumplimiento del acuerdo. ¿Por ejemplo si bien es compatible con el acceso de la información conocer la relación de empresas que se han interesado en una convocatoria o son aptas para postular en el proceso, es dable que ello sea conocido antes que las empresas decidan presentar propuestas?

Aunque parezca un contrasentido, el aumento de la transparencia de la información de un proceso en curso pese a perseguir honestamente el objetivo de reducir la corrupción puede conducir a ampliar el margen de maniobra de prácticas anticompetitivas. Como advierten las Naciones Unidas[16], la supresión artificial de la incertidumbre sobre la actuación de los competidores tiende a eliminar per se la rivalidad competitiva ordinaria y permitir los acuerdos indebidos así como controlar mejor el cumplimiento del pacto por las empresas. Es conocido que *"las regulaciones que requieren que los participantes en un mercado publiquen información sobre sus niveles de precios o de producción pueden contribuir en buena medida a la formación de carteles, ya que un requisito clave para la operación de esta estructura de mercado es que sus participantes tengan un seguimiento eficaz de la conducta de sus competidores (o co-conspiradores en el mercado"*. [17]

Coincide con ello, respecto a la protección del secreto comercial, que también compone el principio de buena administración **RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ** cuando afirma claramente que:

> "(…) Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial o de la seguridad pública. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede ser consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso[18]

En ese contexto, habíamos anunciado que para el tratamiento debido al acceso a la información en el transcurso de un proceso de selección merecen diferenciarse tres aspectos:

- la legitimidad de quien solicita el acceso a la información;
- la oportunidad en que ese derecho puede ser ejercido dentro del curso del proceso de selección; y, finalmente,
- la información que es objeto del pedido de acceso.

4.3.1. La legitimidad de quien solicita el acceso a la información.

Como hemos mencionado antes, el derecho de acceso a la información en el transcurso del proceso de selección, puede ser ejercido tanto por quien posee interés directo y económico o moral

---

15 OCDE, Foro Latinoamericano de Competencia, Sesión III - Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. Documento Base. Setiembre, 2012; p. 10.

16 Naciones Unidas. "La política de la competencia y las adquisiciones del sector pública". Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. Ginebra 2012. TD/B/C.1/ CLP/14

17 GOMEZ ASENCIO, Carlos; "La mejora regulatoria (better regulation): aplicaciones en materia de contratación pública". Tirant le Blanch, Valencia, 2013, p. 320.

18 Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime; "El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea". En Revista Euro latinoamericana de Derecho Administrativo VOL. 1 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2014 SANTA FE | ARGENTINA

en la información solicitada, como por quien no posee ninguna de esas características. Es decir, el pedido puede ser presentado por un postor dentro del mismo proceso o por un tercero ejerciendo el mismo derecho con un mero interés general de buen ciudadano (ej. periodista, gremio empresarial, empresa que aunque no hubiese postulado al proceso desea controlar su legalidad).

¿Existe alguna diferencia notable en ambas situaciones, si el régimen de acceso a la información indistintamente comprende ambos supuestos? En nuestro modo de apreciar si existe una diferencia esencial, ya que el segundo sujeto además del ejercicio del derecho de acceso a la información e instrumental al control del proceso, ejerce un derecho confluyente: a su debido proceso, ya que con seguridad ha sido afectado por una decisión que considera ilegal y recíprocamente se ha beneficiado a otro postor, con más puntaje, admitiéndolo, convalidando defectos, etc. En ese sentido, la demanda de acceso a la información por parte de quien es un postor debe recibir un tratamiento prioritario, en búsqueda de no consumar la afectación que considera haber sido sujeto. Por su lado, el pedido de información realizado por quien no es parte de ese procedimiento, esto es un tercero, si bien debe ser atendido, merece ser tramitado conforme al régimen común del acceso a la información que entre nosotros está en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sin afectar la continuidad del proceso de selección.

En ese sentido, resulta contrario al principio de buen administración, que los pliegos encaminen el acceso a la información ejercicio por los postores hacia el régimen común del acceso a la información que conllevan plazos, instancias y formalidades ordinarias, cuando se corresponde una vía más bien especial y sumaria, compatible con el debido proceso y debido control de las actuaciones administrativas. Es pertinente recordar lo que a este respecto establece el régimen particular de acceso a información para administrados con interés directo, en el artículo 160 de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

> Artículo 160.- Acceso a la información del expediente
>
> 160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. (…)
>
> 160.2 *El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.*

Este artículo sirve de marco supletorio a la regla especial de acceso a la información de los postores en compras públicas y que exige[19] formalidad mínima (pedido verbal en el acto de otorgamien-

19 Artículo 40.- Acceso a la información
Después de la apertura de los sobres que contienen las ofertas no debe darse a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro.
Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, *a más tardar dentro del día siguiente*

to de la buena pro o por escrito al día siguiente), inmediatez (otorgarlo máximo el día posterior al pedido) y concentración (se pide al órgano competente y no por tramite documentario).

4.3.2. La oportunidad en que ese derecho se puede ejercer dentro del curso del proceso de selección.

Un segundo aspecto que amerita ponderar intereses es el momento en que se puede ejercer el derecho de acceso a los postores dentro de un proceso licitario en curso.

Lo ordinario es que el acceso a la información de cualquier ciclo administrativo se ejerce y se cumpla mirando únicamente el interés de quien lo pide: desde tantos días a partir del pedido que se presenta, sin además ninguna formalidad especial y en paralelo o ser tramitado por cuerda separada. Ello sucede en todos los casos, pero tratándose de un procedimiento de selección en curso, es necesario ponderarlo con el factor eficacia del procedimiento de selección dirigido a seleccionar la mejor propuesta para la entidad. Si el acceso fuera indiscriminado en cualquier momento y simultáneo por todos los interesados, ciertamente el proceso no avanzaría con celeridad. Por ello, la ponderación nos conduce a que el acceso al expediente se realice en un periodo especifico, después de haberse tomado la decisión de elegir la mejor propuesta, pero con la oportunidad suficiente para permitir cautelar el debido proceso de los postores no adjudicatarios antes que se perfeccione el contrato adjudicado.

En esa línea, el ordenamiento peruano establece que el ejercicio de ese derecho dentro de los procesos de selección justamente se realiza después de adjudicado el contrato en adelante. Así, se expresa que "Después de la apertura de los sobres que contienen las ofertas no debe darse a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro. *Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación"* [20]

4.3.3. La información objeto del pedido de acceso durante el proceso licitario. El derecho a la confidencialidad de información de los postores.

El derecho de acceso a la información en el marco de un proceso de selección en curso también amerita algunas precisiones en función de la información que sea objeto del pedido. Si bien el

---

de haberse solicitado por escrito.
Asimismo, también puede solicitarse dicho acceso en el acto público de otorgamiento de buena pro, mediante la anotación de su solicitud en el acta.
En el caso de procedimientos convocados para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, luego de otorgada la buena pro no debe darse a conocer las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

20 Esta posición se encuentra confirmada en la Opinión Nº 125-2012/DTN, en la que el Organismo Supervisor de Contrataciones Estatales ante consulta de Provias Nacional, concluyo afirmando "La normativa de contrataciones del Estado ha establecido que el derecho de los postores a acceder al contenido del expediente de contratación se origina una vez que ha sido otorgada la Buena Pro, momento a partir del cual estos pueden formular la respectiva solicitud a la Entidad". Compartiendo la posición, si debemos advertir que no es que el derecho del postor se origine únicamente a partir de ese momento, ya que el derecho lo tiene por sí mismo, sino que el momento para poder ejercerlo es luego la entidad elige el mejor proceso y no antes.

derecho se ejerce por igual frente a la información que produce la entidad que respecto a la información entregada por los otros postores durante el proceso para acreditar sus credenciales y hacerse merecedor a la buena pro (ej. factores de competencia, asignación de puntaje), en este último aspecto, debe diferenciarse entre la información privada que es de acceso público de aquella que es objeto de protección por la existencia de otros intereses, como el secreto bancario, comercial, industrial o de protección de datos personales.

En ese sentido, las reglas del proceso deberían distinguir el acceso a la información en tres supuestos:

I) información propia de la entidad estatal u otras entidades (ej. Actas de comité de evaluación, bases, resoluciones de conformación del comité especial, presupuestos, estudio de mercado, etc.;

II información de origen privado presentada al proceso pero no sujeta a restricción de acceso; y,

III información de origen privado de acceso restringido aunque haya sido información presentada voluntariamente a ese proceso específicamente. (información confidencial)

No queda duda que respecto a la información generada por la entidad o proveniente de otras entidades no hay limitación alguna para su acceso. Respecto de estas no son argumentos atendibles para denegar el acceso, que su revelación resulte inconveniente para la autoridad o el Estado o le afecte en su imagen, si la revelación pueda comprometer políticamente a la autoridad o al Gobierno, cualquier consideración sobre la identidad del solicitante (ej. Nacionalidad, capacidad para apreciar la información solicitada), si la revelación de la información entorpezca el proceso de perfeccionamiento contractual o el cumplimiento de alguna de las funciones de la entidad, la mera oposición de terceros para la entrega de la información, si el volumen de la información es excesivo, si lo que se pide es frívolo o irrelevante a criterio del funcionario, si se trata de proyectos o documentos inconclusos o supuestamente de uso interno exclusivo, si son actos de la entidad, no sujetos a derecho administrativo o referidos a procedimientos en trámite.

La situación compleja surge respecto a accesibilidad a terceros de la información que los postores presentan al proceso, pues debe diferenciarse según sea de acceso público o no, esto es, si están incurso dentro de la excepción de confidencialidad que se permiten en cada ordenamiento nacional.[21] Tampoco resulta compatible con la buena administración, negar absolutamente el acceso a la información de los postores argumentando la privacidad de la información. Particularmente

21 Por ejemplo, en España este tema queda regulado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
Artículo 140. Confidencialidad.
1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.
2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.

nos encontramos frente a los casos de los secretos empresariales[22], respecto los cuales debemos definir si por entregarse a la entidad de manera voluntaria –y no compulsiva– en el marco de un proceso de selección alcanzan por ello accesibilidad publica o, por el contrario, pese a eso preservan su carácter reservado y por ende no es accesible a terceros, como veremos a continuación. [23]

Desde la perspectiva del derecho de acceso al información, advertimos que se plantea la misma discusión sobre las excepciones al derecho de acceso a la información, pero se han asumido ciertas reglas que resulta conveniente traer a colación:

- **Principio de Máxima divulgación:** Principio por el cual toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcional al interés que los justifica. Por tanto, en caso de Discrepancias o conflicto de normas, la ley de acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación".
- **Las excepciones al derecho son situaciones excluyentes normativamente previstas** que facultan a la autoridad legítimamente a denegar el acceso a la información existente por proteger bienes constitucionalmente relevantes (seguridad nacional) y jurídicamente protegidos o derechos fundamentales vinculados a la vida privada de los titulares de la información (derecho a la intimidad personal y otros).

---

22 Es importante al respecto revisar la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que posee dos reglas relevantes para este tema:
I) Definir que es secreto empresarial cualquier información referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. A dicho efecto, Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. (art, 260) , y,
II) Que no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial, sin embargo, no se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad. (art, 261)

23 La preocupación por esta materia la podemos encontrar desde el ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA OMC, cuyo texto revisado el 2012 indicaba:
Artículo XVII - Divulgación de información
(…)
No divulgación de información
2. No obstante cualquier otra disposición del presente Acuerdo, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.
3. Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que exige a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, que revele información confidencial, si esa divulgación pudiera:
a. Constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes;
b. ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores;
c. Lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual; o
d. Ser por otros motivos contraria al interés público.

- La tipicidad y proporcionalidad de la excepción, dado que estas son creadas solo por Ley expresa teniendo un contenido taxativo y fundarse en la protección proporcional de otros derechos fundamentales y en razón de orden público relevante.
- La interpretación restrictiva de las excepciones.- Las excepciones son situaciones de interpretación restrictiva (no analogía ni interpretación extensiva).
- **La divisibilidad de la información exceptuada de la no exceptuada.-** Si un documento contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se mantendrá reserva sólo aquella parte que se considera reservada pero no al acto en su totalidad. En ese caso, es obligatorio entregar la información parcialmente accesible segregando la parte, párrafo o dato reservado.
- **La Exclusión del acceso público no afecta otros medios de transparencia.**- La excepción es respecto al derecho de acceso ciudadano de información, pero no al acceso del Congreso, Poder Judicial, Contraloría General, y Defensor del Pueblo.

Ahora bien, la información que resultara impedida de acceso a los demás postores, es aquella que califique como *Información confidencial*, que en ordenamiento nacional se considera a aquella que Información que está en poder del Estado, y que sólo compete a sus titulares por estar protegidas bajo los regímenes del Secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil. En particular resultan implicadas por ser recurrentemente solicitadas por las entidades información concernidas en el secreto comercial[24] para asignar puntaje y valorar las propuestas.

---

24 Respecto de los alcances del secreto comercial, los Lineamientos confidencialidad de la comisión de defensa de la libre competencia (aprobados por R. 027-2013/CLC-INDECOPI), consideran como información confidencial por ejemplo:

I) La Descripción de funciones, cuando revela la estrategia comercial de la empresa, al exponer las labores que la empresa ha considerado determinantes para su desarrollo y su asignación al personal, en función de los objetivos que espera cumplir, por lo tanto, puede dar cuenta de la elaboración de estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado.

II) La Descripción de la política de precios, Cuando contiene precisiones acerca de las condiciones y criterios aplicados por la empresa solicitante para la determinación de sus precios.

III) Las políticas de descuentos, así como la descripción de los descuentos, exoneraciones otorgados / obtenidos respecto de los clientes / proveedores, cuando revela información sobre los clientes y aspectos de la relación comercial entre éstos y la empresa solicitante.

IV) La descripción de la relación con sus puntos de venta / agentes de distribución / proveedores, cuando permite apreciar las estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado. Asimismo, da a conocer el nivel de dependencia de la empresa solicitante respecto de sus distintos canales de distribución y venta.

V) Los Contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general), porque revelan condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores

VI) La Lista de clientes /proveedores /distribuidores, porque, puede constituir información relevante para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa solicitante. Asimismo, posee un valor comercial, cuya divulgación podría otorgar una ventaja indebida a sus competidores.

VII) Participación porcentual de la venta de un producto específico respecto del total de sus ingresos o ventas dado que permite conocer la importancia de un producto determinado en los ingresos o ventas de una empresa y, por ende, su relevancia dentro de sus estrategias comerciales

VIII) Informes (de auditoria, económicos, contables, opinión técnica, estudios económicos elaborados por terceros, proyectos de inversión, de análisis o evaluación industrial), cuando cuentan con un valor comercial en sí mismos, al ser producto de una inversión económica directa realizada por la empresa solicitante con la finalidad de determinar sus políticas y estrategias comerciales. En ese sentido, su divulgación permitiría a los competidores beneficiarse

Son ejemplos recurrentes de información sensible y de difícil calificación a priori cuando se solicitan a los postores presentar para calificación: I) Planes de trabajo a la medida del proyecto con descripción de funciones, cuando revela la estrategia comercial de la empresa, dando cuenta de estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado; II) La Descripción de la política de precios cuando contiene precisiones acerca de las condiciones y criterios aplicados por la empresa solicitante para la determinación de sus precios; III) Los contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general) con clientes privados porque revelan condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores que no deberían ser conocidos por la competencia; IV) La Lista de clientes /proveedores / distribuidores, porque, puede constituir información relevante para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa solicitante; V) La participación porcentual de la venta de un producto específico respecto del total de sus ingresos o ventas dado que permite conocer la importancia de un producto determinado en los ingresos o ventas de una empresa y, por ende, su relevancia dentro de sus estrategias comerciales; V) El detalle de los márgenes de utilidad, cuando permite inferir la evolución del desempeño y políticas comerciales de la empresa solicitante; VI) La costos de producción del bien que ofrecer porque permiten conocer la importancia de elementos clave en el proceso productivo (insumos) o en sus políticas comerciales, así como aquellos gastos en los que incurre para llevar a cabo su giro de negocio (gastos de publicidad, costos de comercialización, arrendamientos, etc.); y, VII) Las Facturas, cuando permitan apreciar las políticas comerciales específicas, como la política de otorgamiento de líneas de crédito y de descuentos a clientes específicos.

En esa línea, el Reglamento de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que

> "Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito".

---

indebidamente de la inversión realizada. Asimismo, la información utilizada para realizar estos informes puede reflejar estrategias o políticas comerciales de la solicitante, o su situación económica o financiera.

IX) Estadística mensual o anual de ingresos, cuando posee valor comercial, pues revela la situación económica de la empresa solicitante, así como su desempeño comercial.

X) Detalle de los márgenes de utilidad, cuando permite inferir la evolución del desempeño y políticas comerciales de la empresa solicitante.

XI) Costos (costos promedio, serie estadística de costos y costos de producción), porque permiten conocer la importancia de elementos clave en el proceso productivo (insumos) o en sus políticas comerciales, así como aquellos gastos en los que incurre para llevar a cabo su giro de negocio (gastos de publicidad, costos de comercialización, arrendamientos, etc.). Por lo tanto, es información que, de estar al alcance de sus competidores, podría otorgarles una ventaja indebida.

XII) Facturas, cuando permitan apreciar las políticas comerciales específicas, como la política de otorgamiento de líneas de crédito y de descuentos.

XIII) Stock / Inventarios, Cuando revela la capacidad operativa de la empresa solicitante y su posible estrategia comercial.

XIV) Proceso productivo, cuando detalla el modo en el que la empresa solicitante emplea sus recursos (insumos, capital, maquinaria, etc.) para desarrollar su actividad comercial. Asimismo, refleja aspectos particulares de su actividad de producción como el know how.

Dicha disposición se encuentra en concordancia con las reglas supranacionales que el Estado Peruano se ha comprometido a segur, como podemos apreciar en los Tratados de Libre Comercio[25], en el que se establece, la regla de la No Divulgación de la Información (9.13)

> "2. Ninguna Parte, entidad contratante o autoridad de revisión, a la que se hace referencia en el Artículo 9.11, podrá revelar información que la persona que la proporcionó haya designado como confidencial de conformidad con la legislación doméstica, salvo que se cuente con la autorización de dicha persona".

Otro modo de regulación de este mismo tema, lo podemos ubicar en el Tratado de Libre Comercio con Costa Rica, en el que establece:

> ***No Divulgación de Información***
>
> 2. Ninguna Parte, incluyendo sus entidades contratantes, autoridades u órganos de revisión, podrá revelar información que la persona que la proporcionó haya designado como confidencial, de conformidad con su legislación nacional, salvo que se cuente con la autorización de dicha persona.
> 3. Sin perjuicio de cualquier otra disposición de este Capítulo, ninguna Parte, incluyendo sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.
> 4. Ninguna disposición en este Capítulo será interpretada en el sentido de obligar a una Parte, incluyendo sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, a divulgar información confidencial bajo este Capítulo, si esa divulgación pudiera:
> (a) impedir el cumplimiento de la ley;
> (b) perjudicar la competencia leal entre proveedores;
> (c) perjudicar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluyendo la protección de la propiedad intelectual; o
> (d) ser de otra manera contraria al interés público.

Como se puede apreciar estamos aquí frente al conflicto entre los derechos de acceso a la información y de confidencialidad de la información comercial de los postores, ambos valores cubiertos por la buena administración. Así la información confidencial por secreto comercial es una excepción a la regla de acceso al expediente, y por ello se regula por las reglas que ya comentamos antes (situaciones excluyentes normativamente previstas, tipicidad y proporcionalidad de la excepción, interpretación restrictiva, divisibilidad de la información y no exclusión de otros medios de transparencia). Nótese que la naturaleza confidencial de la información pretende su no conocimiento por parte de terceros privados, pero no limita su análisis por parte de las autoridades administrativas competentes para ello (comité especial, autoridades superiores, Tribunal que resuelvo controversias precontractuales u órganos de fiscalización), quienes si mantienen su capacidad de acceso, aunque manteniendo el deber de no difusión frente a terceros.

---

25 Tomaremos como ejemplo, el TLC con Estados Unidos, aunque similar disposición podemos ubicar en los tratados similares suscritos por Perú y que cuente con capítulo sobre compras públicas, como el suscrito con Unión Europea: "3. Ninguna disposición de este Título se interpretará en el sentido de exigir a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, revelar información confidencial, si esa divulgación pudiera constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes, pudiera perjudicar la competencia leal entre proveedores, perjudicara los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual, o sea de otra manera contraria al interés público".

Ahora para la concreción de esta excepción se necesita partir de la "calificación de la confidencialidad por el titular del derecho"[26] pues es quien presenta su proposición quien conoce el grado de accesibilidad que desea dar a sus documentos de conformidad con el régimen normativo dado sobre la materia. Así, la "empresa debe calificar como confidenciales determinados documentos aportados o parte de ellos. El poder adjudicador no puede calificar de oficio ciertos documentos como confidenciales si no lo ha efectuado la empresa que los ha presentado"[27]

Como se puede apreciar esta regla aporta la necesidad que sea el propio postor suministrante de la información –y no la entidad licitante– quien al mismo momento de entregarla proceda a calificarla como confidencial, de manera clara y formal –con extensión total o parcial–, y a pedir a la entidad convocante que mantenga esa reserva. Será únicamente a partir de ahí, que la entidad realiza un ponderado análisis sobre el alcance inaccesible de la información para los terceros, aunque sean competidores en el mismo proceso.

Para poder armonizar el principio de buena administración en este tema, es menester que la decisión de limitar el acceso a la información basada en su carácter confidencial, deba motivarse analizando caso concreto, ponderando si la afectación a la vida privada O intimidad sea de tal magnitud, que, en su colisión con el derecho de acceso a información, permita restringirlo.

Este análisis aunque parte de la calificación del propio postor sobre el carácter de secreto comercial de la información, pasa por la calificación que la autoridad debe hacer de esa subsunción y además analizar si la revelación de la información, en el caso concreto, genera o puede razonablemente dañar sustancialmente al titular de la información (ej. Posición competitiva, interés de la privacidad). [28]

Como bien se ha preguntado "si el órgano de contratación puede rechazar la declaración o manifestación de confidencialidad expresada por una empresa, por entender que excede de la protección expresa en este precepto legal. Y la respuesta debe ser positiva para el caso de que la declaración de confidencialidad no se corresponda con los ámbitos de protección señalados, en definitiva, cuando no se halle amparada bajo el concepto de secreto empresarial"[29]

---

26 RAZQUIN LIZARRAGA, Martin Maria; La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las administraciones públicas (Unión Europea y España). Iustel, Madrid, 2013, p. 236

27 RAZQUIN LIZARRAGA, Martin Maria; Op. Cit. , p. 237.

28 Un caso similar fue resuelto por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.° 0283 8-2009-PHD/TC, INFORMA DEL PERÚ INFORMACIÓN ECONÓMICA, cuando planteo un habeas data para obtener por acceso a la información de los Balances Generales y los Estados de Ganancias y Pérdidas de las empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores. Ahí, el Tribunal Constitucional decidió denegar el acceso a la información, bajo el razonamiento siguiente:

> *"Por lo tanto, si bien los particulares que se inscriben en el Registro Nacional de Proveedores entregan a la Administración determinada documentación contable a fin de demostrar tanto la solvencia económica como el volumen de operaciones de los postores a efectos de que el Estado elija la mejor opción existente en el mercado en aras de satisfacer el interés público en juego en cumplimiento de lo establecido en materia de adquisiciones y contrataciones estatales; ello no significa que dicha información de carácter privado pase al dominio público, por cuanto dicha entrega se realiza en conformidad con lo establecido por el Ordenamiento Jurídico y sin que medie consentimiento del particular en divulgar tal información.*
>
> *En todo caso, aun cuando el suministro de la información requerida incremente la eficiencia del mercado, el logro de tal objetivo no puede realizarse a costa de sacrificar completamente otros bienes constitucionales igualmente legítimos. En consecuencia, corresponde confirmar la recurrida al no haberse vulnerado el derecho fundamental de acceso a la información pública invocado por la recurrente".*

29 RAZQUIN LIZARRAGA, Martin Maria; Op. Cit. , p. 276.

5. Conclusiones.

5.1. El proceso de diseño de los pliegos contractuales puede ser enriquecido con el aporte de tres componentes de la buena administración: El principio de claridad del quehacer administrativo, el de facilitación y el de acceso a la información de interés general.

5.2. El principio de claridad en la redacción de los pliegos de las licitaciones y concursos públicos exige que la administración como diseñadora del proyecto debe brindar, en cantidad y calidad, toda la información confiable, completa y actual de los temas relevantes (ej. Alcance del requerimiento, asignación de riesgos, reglas de ejecución de contrato) para que el postor pueda decidir su participación debidamente informado, sin perjuicio de su autorresponsabilidad de obtener la información que le sea necesaria y posible dentro del ámbito y tiempo que tiene para decidir su postulación y estructurar su mejor propuesta técnica y económica. Contravienen esta exigencia proporcionan defectos u omisiones al elaborar los estudios, planos y diseños, especificaciones técnicas y pliegos de condiciones, o su preparación en forma incompleta, errónea o ambigua, incomprensible, contradictoria, incluso pretender restringir su responsabilidad por la fiabilidad de información o trasladarla a los propios postores.

5.3. El principio de facilitación en la formulación de los pliegos de las licitaciones públicas exige las entidades satisfagan cualquier duda que puedan tener los interesados en base a la información entregada u alguna otra que el interesado posea. Eso se conecta con la necesidad de contar con una fase de consultas a las bases para esclarecer el entendimiento del interesado. Este principio se afecta si la entidad ante alguna consulta de los interesados, la autoridad no la atiende cabalmente, no sustentando debidamente su posición, limitándose a responder escuetamente "No", "estese a lo indicado en las bases", indicar que la documentación respectiva será puesta en conocimiento en su oportunidad, condicionar a formalidades la presentación de consultas. Para atender cabalmente este principio, la absolución de las consultas por parte de la entidad debe guiarse por las reglas de: i) Competencia; ii) Fundamentación suficiente; y, iii) Claridad de contenido; iv) Auto vinculación de la absolución para el proceso de selección; y, v) Tratamiento igualitario a los participantes.

5.4. El principio de acceso a la información del proceso de selección según los pliegos de los concursos posee algunas particularidades de ponderación respecto de otros principios de buena administración como ética, eficacia y protección a la privacidad de la información de los participantes. Por ello, el ejercicio del derecho al acceso a la información en los pliegos debe considerar: la legitimidad de quien solicita el acceso a la información (es distinto si lo plantea un tercero o un postor en el proceso), la oportunidad en que ese derecho puede ser ejercido dentro del curso del proceso de selección (dado que tiene que articularse con el principio de eficacia del proceso licitario) y, finalmente, diferenciar según la información que sea objeto del pedido de acceso se corresponda con información de las entidades (la convocante u otra), información de los postores que sea de libre acceso, e información de los postores de acceso restringido por razones de secreto comercial o similares.

Lima, 18 de marzo de 2017

DISEÑO DE PLIEGOS CONTRACTUALES Y BUENA ADMINISTRACIÓN

Carlos E. Delpiazzo (*)

SUMARIO: 1. LA PLANIFICACION COMO INSTRUMENTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN. A) Lo propio de la buena administración. B) Lo instrumental de la planificación. 2. IMPORTANCIA DE LA GESTACION CONTRACTUAL. A) Contenido necesario de la etapa preparatoria. B) Trascendencia de los pliegos de condiciones. 3. INCIDENCIA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LOS PLIEGOS. A) Estudios previos. B) Adecuación al objeto requerido. C) Prevención de la corrupción. D) Análisis de los oferentes. E) Análisis de las ofertas. F) Alcance y límites de las negociaciones posibles. G) Solución de controversias. 4. CONCLUSIONES. Importancia teórica y práctica de gestar la contratación pública bajo la óptica de la buena administración.

1. LA PLANIFICACION COMO INSTRUMENTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

A) Lo propio de la buena administración

Desde el punto de vista conceptual, antes de ahora he postulado que la buena administración es, a la vez, un principio general de Derecho, un deber de la Administración y un derecho de los administrados [1] y que, como tal, encierra no sólo una dimensión jurídica (en tanto regla de Derecho con

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 69 libros y más de 500 trabajos publicados en el país y en el exterior. 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). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y 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 Centroamericana de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1 Carlos E. DELPIAZZO - "La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados", en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2014), Nº 10, pág. 41 y sigtes.

máximo valor y fuerza) y ética (pautada por su ser buena) sino también una dimensión tecnológica (en la medida que las TICs operan como factor de facilitación y colaboración [2]).

A los efectos de este análisis, relativo al diseño de pliegos contractuales, interesa enfatizar en el carácter principial de la buena administración.

En primer lugar, que *la buena administración es un principio*resulta con evidencia de que constituye uno de los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que todos los principios prestan su contenido. Ello es así porque "en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del Derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente" [3].

La propia designación de "principios" alude a lo primero, o sea, lo que antecede plenamente a cuanto le sigue. Por eso, "Háblase de principios habitualmente para referirse a aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento –piedras sillares– de un ordenamiento (jurídico, en la especie que nos ocupa). Criterios de verdad que se procura hallar. Su noción de base alude entonces, a un sentido no sólo ontológico sino también lógico, en cuanto atendemos con ellos a unos soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico, al que prestan todo su sentido" [4].

En efecto, "Cuando se habla de principio, lo primero que viene a la mente es la idea de inicio, de comienzo, de lo que se parte, y que se refiere a una acción, a una actividad, a un procedimiento o iter o camino, que se desarrolla y lleva a un término, a un fin. La idea de principio lleva en sí la de aquello que origina, que es origen o fuente de algo" [5].

En segundo lugar, que *la buena administración es general* deriva de que trasciende un precepto concreto y no se confunde con apreciaciones singulares o particulares.

En rigor, lo general se opone a lo particular, de modo que no equivale a vaguedad sino que resulta abarcativo en su supuesto de la categoría o clase de sujetos abstractamente comprendidos sin individualizarlos. Es más: en la medida que refieren a las verdades supremas del Derecho, resultan virtualmente comunes a todos los sistemas ya que la afirmación de que los principios generales son válidos solamente para un sistema, es una contradicción con su "ratio juris" de carácter universal que, desde los romanos, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica [6].

---

2 Carlos E. DELPIAZZO - "Dimensión tecnológica de la buena administración", en Anuario "Derecho Informático" (F.C.U., Montevideo, 2015), tomo XV, pág. 166 y sigtes.

3 Alberto Ramón REAL - "Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya" (Montevideo, 1965), pág. 16, y en A.A.V.V. - "Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado" (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 87 y sigtes.

4 Mariano R. BRITO - "Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva" (U.M., Montevideo, 2004), pág. 37 y sigtes.

5 Eduardo SOTO KLOSS - "Derecho Administrativo" (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo II, pág. 20.

6 Giorgio DEL VECCHIO - "Los principios generales del Derecho" (Bosch, Barcelona, 1979), pág. 49.

En tercer lugar, que *la buena administración es una regla de Derecho* queda fuera de toda duda en la medida que constituye una fórmula técnica del mundo jurídico y no de un simple criterio moral, de una buena intención o de una vaga directiva, más allá de la dimensión ética que encierra y que, por cierto, debe presidir todo el obrar administrativo.

A pesar de que los principios no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal [7].

Siendo así, todos los principios constituyen fuente directa y principal de Derecho [8] porque "sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas" [9].

En cuanto a su significación específica, en la medida que administrar quiere decir servir [10], el principio de buena administración es inherente a la función administrativa en el Estado constitucional de Derecho y refiere al servicio debido al bien común, que supone que todos y cada uno los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente los fines propios de su dignidad [11]. Como bien se ha dicho, "Existen instituciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Y existen intereses comunes porque las personas en conjunto e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios, de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, de todos, no de una parte, por importante y relevante que ésta sea" [12].

En el Derecho uruguayo, la noción de buena administración aparece recogida en la propia Constitución, cuyo art. 311 establece que cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad de un acto administrativo "en interés de la regla de Derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos".

---

7 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - "Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya", en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 173 y sigtes., y en A.A.V.V. - "Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado" cit., pág. 137 y sigtes.

8 Carlos E. DELPIAZZO – "Derecho Administrativo General" (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 127 y sigtes.; "Reconocimiento de los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo uruguayo", en Jaime ARANCIBIA y José Ignacio MARTINEZ (Coordinadores) - "La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Prof. Eduardo Soto Kloss" (Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009), pág. 229 y sigtes.; y "Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo", en A.A.V.V. - "Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo" (Netbiblo, La Coruña, 2008), pág. 607 y sigtes.

9 Héctor BARBE PEREZ - "Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo", en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes., y en A.A.V.V. - "Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado" cit., pág. 19 y sigtes.

10 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Uruguayo" (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 7.

11 Carlos E. DELPIAZZO - "Bien común, sociedad y Estado", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI Nº 21, pág. 81 y sigtes.

12 Jaime RODRIGUEZ ARANA - "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (La Coruña, 2012), Nº 16, pág. 260.

Quiere decir que el constituyente ha conceptuado a la buena administración como una regla de Derecho con el contenido previsto en el art. 23, lit. a) del decreto ley Nº 15.524 de 9 de enero de 1984, a cuyo tenor se considera tal "todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual". De lo contrario, el Tribunal carecería de jurisdicción para pronunciarse acerca de la contrariedad de cualquier acto a la buena administración ya que fue creado precisamente para conocer "de las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder", según reza el art. 309.

Como bien se ha dicho, la referencia del art. 311 a la buena administración vale como consagración expresa, a nivel constitucional, de una regla de Derecho que se impone siempre a la Administración, por efecto de dicha mención, y es la de que las autoridades administrativas deben siempre ejercer sus potestades con el designio de perseguir el interés del servicio [13].

Queda así de manifiesto que la buena administración no hace al mérito sino a la legitimidad del quehacer administrativo, el cual no sólo debe ajustarse al principio de juridicidad sino que debe actuar de acuerdo con las exigencias de la buena administración ya que "administrar bien es algo más que respetar el principio de legalidad" [14].

B) Lo instrumental de la planificación

Desde el punto de vista conceptual, la planificación responde a una opción política que admite el más amplio abanico de posibilidades, desde la sustitución del automatismo del mercado por la elección deliberada de determinadas alternativas de acción, hasta la opuesta que promueva el libre juego de la oferta y la demanda, en cuyo caso el plan consistirá en la previsión de medidas tendientes a eliminar los obstáculos institucionales o estructurales que se opongan al juego del mercado [15].

Si bien la planificación es en sí misma una técnica instrumental y operativa, como actividad teleológica supone la previa determinación de los fines a perseguir. Ello es así porque sin una visión integral de todos los factores, materiales y humanos, sin una definición precisa de sus propósitos, sin una previsión sistemática, la Administración no puede ser eficiente ni cumplir la función servicial y dinámica que le ha sido asignada [16].

---

13 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya", en Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX (Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969), tomo III, pág. 281 y sigtes., y en Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "Derecho Constitucional y Administrativo" (La Ley Uruguay, Montevideo, 2010), pág. 324 y sigtes.

14 Graciela RUOCCO - "La buena administración y el interés general", en Augusto DURAN MARTINEZ y Marta HANNA DE ROSA (Coordinadores) - "Etica, Estado de Derecho y buena administración" (U.C.U., Montevideo, 2013), pág. 97.

15 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Especial" (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, págs. 275 y 276.

16 José Luis BRUNO - "La planificación y el Derecho constitucional", en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1968), Año XIX, Nº 1-2, pág. 228 y sigtes.; Julio PRAT - "Administración y planificación", en "Orden económico y Derecho Administrativo" (A.M.F., Montevideo, 1980), pág. 93 y sigtes.; y Mariano R. BRITO - "Planificación y libertad en el Estado social de Derecho", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), Año I, Nº 1, pág. 39 y sigtes.

Siendo así, la planificación constituye una herramienta fundamental para la efectiva concreción del mandato de buena administración, en tanto supone la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias con relación al fin específico que se quiere satisfacer. Se trata de una nota propia de la función administrativa ya que la misma debe cumplirse de la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de los fines objeto de la función pública [17].

En el Derecho uruguayo, la reforma constitucional de 1967 tuvo uno de sus ejes en la planificación, no sólo desde el punto de vista programático [18] sino también institucional, a través de la creación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto como dependencia de la Presidencia de la República [19].

Ello implica el reconocimiento de la planificación como herramienta de relevancia fundamental para el cumplimiento de la buena administración tanto respecto a la fijación de los fines como en orden a la elección de los medios.

Por eso, no puede sino compartirse la afirmación de que "hacer bien las cosas comprende tanto la correcta determinación de fines como la adecuada selección de medios para alcanzarlos. Es que si no se determinan correctamente los fines, las cosas no se pueden hacer bien; pero si se determinan bien los fines y no se eligen los medios adecuados, no se puede alcanzar el fin debido. Por tanto, aún admitiendo que lo más importante es la determinación de los fines, no se puede desdeñar los medios para hacer las cosas bien" [20].

2. IMPORTANCIA DE LA GESTACION CONTRACTUAL

A) Contenido necesario de la etapa preparatoria

Desde el punto de vista conceptual, la planificación de la contratación pública corresponde a la denominada fase preparatoria, siguiendo la ya decantada diferenciación que hace la doctrina entre las etapas preparatoria, esencial e integrativa [21] y que permite una adecuada presentación de los procedimientos respectivos [22].

---

17 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 81.

18 Héctor BARBE PÉREZ - "Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya" (C.E.N., Montevideo, 1967), pág. 15 y sigtes.

19 José Luis BRUNO - "Organismos de planificación: Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico (CIDE) y Oficina de Planeamiento y Presupuesto", en Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1967), Nº 19, pág. 213 y sigtes.; y Milton RUIBAL, Elbio LOPEZ ROCCA y Saúl BURSZTIN - "Oficina de Planeamiento y Presupuesto" (A.M.F., Montevideo, 1972).

20 Augusto DURAN MARTINEZ - "La buena administración", en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2010), Nº 1, pág. 176.

21 Renato ALESSI - "Instituciones de Derecho Administrativo" (Bosch, Barcelona, 1970), tomo I, pág. 193 y sigtes.; Roberto DROMI - "Licitación pública" (E.C.A., Buenos Aires, 1995), pág. 96 y sigtes.; y Alberto Ramón REAL - "Licitación pública. Adjudicación y contrato. Vicios", en La Justicia Uruguaya, tomo 76, sección Doctrina, pág. 77 y sigtes.

22 Carlos E. DELPIAZZO - "Manual de Contratación Administrativa" (Editorial Universidad, Montevideo, 1997), tomo 1, tercera edición actualizada, pág. 93 y sigtes.; "Contratación Administrativa" (U.M., Montevideo, 1999), reedición 2005, pág. 165 y sigtes.; "Derecho Administrativo Uruguayo" (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 262 y sigtes.; y "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 487 y sigtes., y Pablo LEIZA ZUNINO - "Contratos de la Administración Pública" (F.C.U., Montevideo, 2012), pág. 287 y sigtes.

La aludida etapa preparatoria se caracteriza por ser principalmente interna a la Administración, comprendiendo básicamente los estudios de factibilidad técnica, jurídica, económico-financiera y política de la contratación a realizar, la preparación del pliego de condiciones y la decisión genérica de contratar –que luego se especificará al realizar el llamado con el cual se inicia la etapa esencial– manifestada fundamentalmente en la aprobación del pliego.

En el Derecho uruguayo, para una mejor administración de los recursos del Estado [23], el art. 43 del Texto Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) [24] manda planificar las contrataciones públicas en los siguientes términos: "Los ordenadores de gastos adoptarán las medidas necesarias para contratar los suministros o servicios por grupos de artículos o servicios, de forma de facilitar la presentación del mayor número posible de oferentes" (inc. 1º). Agrega que "Las previsiones de necesidades de suministros, servicios y obras y las respectivas contrataciones deberán hacerse de la forma que mejor se adecue al objeto de estas últimas y a las necesidades y posibilidades de la Administración contratante" (inc. 2º).

Complementariamente, el art. 24 de la ley Nº 19.355 de 19 de diciembre de 2015 ordena a todos los organismos comprendidos en el TOCAF elaborar "planes anuales de contratación de bienes y servicios con el asesoramiento de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado" [25].

Desde el punto de vista presupuestal, corresponde a esta etapa preparatoria la determinación de si del contrato a celebrar derivarán ingresos o egresos para la Administración y, en el segundo caso, si los mismos deben ser atendidos con cargo a rubros de funcionamiento o de inversión. Siguiendo la distinción que aporta el art. 214, inc. 2º, lit. A) de la Constitución, mientras que los gastos de funcionamiento (o corrientes) son aquellos que no alteran la capacidad instalada de la economía así como los destinados a consumos cuyos beneficios se agotan de una sola vez, los gastos de inversión (o de capital) son aquellos que aumentan la capacidad instalada de la economía o cuyos beneficios son duraderos o persisten en el mediano y largo plazo [26].

Hasta la aprobación del decreto ley Nº 14.867 de 24 de enero de 1979, los presupuestos regulaban los gastos de funcionamiento y de inversión básicamente por las mismas reglas [27].

---

23 Mariana BUZO - "Hacia una mejor administración de los recursos del Estado", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Renovación de la contratación pública" (F.C.U., Montevideo, 2013), pág. 443 y sigtes.

24 Carlos E. DELPIAZZO - "Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera" (F.C.U., Montevideo, 2016), décimo segunda edición, págs. 51 y 52.

25 La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE) fue creada en el ámbito de la Presidencia de la República con la finalidad de "promover y proponer acciones tendientes a la mejora de la gestión y la transparencia de las compras y, en general, de las contrataciones del sector público", y está regulada actualmente en los arts. 150 y 151 del TOCAF (ver: Carlos E. DELPIAZZO - "Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera" cit., págs. 12 y sigtes. y 114 y sigtes.; Pablo SCHIAVI - "La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE). Desafíos de una nueva gestión en las compras y contrataciones del Estado", en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2013), Nº 8, pág. 113 y sigtes.; y Santiago PEREZ IRURETA - "La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Renovación de la contratación pública" (F.C.U., Montevideo, 2013), pág. 435 y sigtes.

26 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 2, pág. 187 y sigtes.

27 Carlos E. DELPIAZZO - "La unidad de caja en la gestión financiera del Estado", en La Justicia Uruguaya, tomo LXXXI, sección Doctrina, pág. 35 y sigtes.

Al presente, según la definición dada por el art. 73 de la ley Nº 18.719 de 27 de diciembre de 2010, "Se considera inversión pública a los efectos presupuestales, la aplicación de recursos a todo tipo de bienes y actividades que incrementen el patrimonio físico de los organismos que integran el Presupuesto Nacional, con el fin de ampliar, mejorar, modernizar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios. Incluye asimismo los pagos sin contraprestación cuyo objeto sea que los perceptores adquieran activos de capital. Esta definición comprende los estudios previos de los proyectos a ser ejecutados".

Complementariamente, en virtud de los arts. 23 a 25 de la ley Nº 18.996 de 7 de noviembre de 2012 se conformó el Sistema Nacional de Inversión Pública "con el objeto de ordenar y orientar el proceso de inversión en el país a fin de optimizar la asignación de recursos" [28].

Desde el punto de vista de la sustentabilidad, el Derecho uruguayo contempla normas que integran aspectos ambientales, de eficiencia energética, sociales y éticos en la preparación (y luego en la ejecución) de los contratos públicos [29].

B) Trascendencia de los pliegos de condiciones

Desde el punto de vista conceptual, es inocultable la trascendencia teórica e importancia práctica que tiene la adecuada preparación de los pliegos de condiciones en orden a la buena administración.

Para su *caracterización*,puede decirse que el pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración con el triple fin de especificar el suministro, obra o servicio a licitar (objeto), establecer las condiciones del contrato a celebrarse (relación jurídica) y determinar aspectos del trámite a seguir (procedimiento) [30].

Además de ese triple fin –definir el objeto, la relación jurídica y el procedimiento para la selección del cocontratante– el pliego de condiciones cumple una *doble función* [31]:

a) antes del perfeccionamiento del contrato, indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus ofertas, las características de lo que se demanda y aspectos tan importantes para los proponentes como modalidades de cotización, formas de pago del precio, plazo de mantenimiento de la oferta, monto y formas de la garantía, lugar, día y hora del acto de apertura, etc.; y

---

28 Carlos E. DELPIAZZO - "Régimen de inversiones", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública" (U.M., Montevideo, 2012), pág. 99 y sigtes.

29 Carlos E. DELPIAZZO - "Contratación pública sostenible en Uruguay", en José PERNAS GARCIA y Rafael VALIM (Coordinadores) - "Contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana" (Bubok, La Coruña, 2014), pág. 67 y sigtes.; "Contratación pública y sustentabilidad", en Rev. Derecho & Sociedad (Lima, 2015), Nº 44, pág. 65 y sigtes.; "Contratación pública y sustentabilidad", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública" (U.M, Montevideo, 2015), tomo II, pág. 57 y sigtes.; y "Sostenibilidad y contratación del sector público", en Rev. de Derecho y Tribunales (Montevideo, 2016), Nº 30, pág. 89 y sigtes.

30 Carlos E. DELPIAZZO - "Manual de Contratación Administrativa" cit., tomo 1, tercera edición actualizada, pág. 94 y sigtes.; "Contratación Administrativa" cit., reedición 2005, pág. 166; "Derecho Administrativo Uruguayo" cit., pág. 262 y sigtes.; y "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 487 y sigtes.

31 José María BOQUERA OLIVER - "La selección de contratistas" (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963), pág. 48.

b) cuando el contrato se perfecciona, el pliego se convierte en la parte sustancial del contenido contractual, incorporándose al mismo y constituyéndose, al decir de la doctrina, en "ley del contrato".

Desde el punto de vista de su *naturaleza jurídica*, es necesario distinguir entre los pliegos de condiciones generales y los pliegos de condiciones particulares. Respecto a los primeros, se entiende que constituyen verdaderos reglamentos –así los califica expresamente por dos veces el art. 47 del TOCAF– y que, como tales, deben publicarse. En cambio, los segundos se reputan actos administrativos para cuya comunicación basta la notificación a los interesados [32].

Innecesario resulta destacar que, en cualquier caso, los pliegos de condiciones deben someterse a las reglas de Derecho de superior valor y fuerza y, de modo particular, a los principios generales de Derecho, entre los cuales destaca al efecto el principio de buena administración.

En el Derecho uruguayo, se realizan varias distinciones en cuanto a la tipología de pliegos de condiciones.

En primer lugar, *atendiendo a su contenido*, los arts. 47 y 48 del TOCAF distinguen entre "pliegos de bases y condiciones generales" y "pliegos de bases y condiciones particulares".

Según decantada enseñanza, "Los primeros contienen cláusulas aplicables a todos los contratos de la misma categoría; los segundos las cláusulas relativas a un contrato determinado" [33].

Al tenor del mencionado art. 47 del TOCAF, "El Poder Ejecutivo, previo informe de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado y con la conformidad del Tribunal de Cuentas, podrá formular reglamentos o pliegos únicos de bases y condiciones generales para los contratos de:

a) Suministros y servicios no personales [34].

b) Obras públicas [35].

Dichos pliegos deberán contener como mínimo:

1) Los requisitos de admisibilidad de las propuestas, los efectos de la falta de cumplimiento del contrato y, en particular, las penalidades por mora, casuales de rescisión y la acción a ejercer con respecto a las garantías y los perjuicios del incumplimiento, determinados con precisión y claridad.
2) Las condiciones económico-administrativas del contrato y su ejecución.
3) Los derechos y garantías que asisten a los oferentes.

---

32 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 488.

33 Enrique SAYAGUES LASO - "Tratado de Derecho Administrativo" (Montevideo, 1963), tomo I, pág. 561.

34 Por Decreto Nº 131/014 de 19 de mayo de 2014 se aprobó el Pliego Unico de Bases y Condiciones Generales para la Contratación de Suministros y Servicios no Personales.

35 Por Decreto Nº 257/015 de 23 de setiembre de 2015 se aprobó el Pliego Unico de Bases y Condiciones para los Contratos de Obra Pública, y por Decreto Nº 171/016 de 6 de junio de 2016 se le efectuó un agregado al art. 11.3.5 sobre actualización de precios.

4) Toda otra condición o especificación que se estime necesaria o conveniente, o ambas cualidades, para asegurar la plena vigencia de los principios generales de la contratación administrativa.

Dichos reglamentos o pliegos serán de uso obligatorio para todas las administraciones públicas estatales en las contrataciones que superen $ 1:500.000 (un millón quinientos mil pesos uruguayos) salvo en lo que no fuere conciliable con sus fines específicos, establecidos por la Constitución de la República o la ley".

Por su parte, el art. 48 del TOCAF establece que "El pliego de bases y condiciones generales será complementado con un pliego de bases y condiciones particulares por cada contratación" (inc. 1º).

En lo sustancial, "Dicho pliego deberá contener como mínimo (inc. 2º):

a) La descripción del objeto.
b) Las condiciones especiales o técnicas requeridas.
c) El o los principales factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas, así como la ponderación de cada uno a efectos de determinar la calificación asignada a cada oferta, en su caso.
d) El o los tipos de moneda en que deberá cotizarse, el procedimiento de conversión en una sola moneda para la comparación de las ofertas y el momento en que se efectuará la conversión.
e) Las clases y monto de las garantías, si corresponden.
f) El modo de la provisión del objeto de la contratación.
g) Si se otorgan o no beneficios fiscales o de otra naturaleza y la determinación de los mismos.
h) Toda otra especificación que contribuya a asegurar la claridad necesaria para los posibles oferentes.

El ordenador interviniente determinará el precio del pliego particular o que no tenga costo.

El pliego particular podrá establecer que la adjudicación se pueda dividir de determinada forma entre dos o más oferentes.

Cuando el pliego particular no determine precisamente la cantidad a comprar, los oferentes podrán proponer precios distintos por cantidades diferentes de unidades que se adjudiquen.

En ningún caso, el pliego particular podrá exigir a los oferentes requisitos que no estén directamente vinculados a la consideración del objeto de la contratación o a la evaluación de la oferta, salvo que se encuentren establecidos en alguna disposición legal que expresamente lo exija para la presentación de ofertas y no consten en el Registro Unico de Proveedores del Estado (RUPE), reservándose sólo al oferente que resulte adjudicatario la carga administrativa de la demostración de estar en condiciones formales de contratar, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas que pudieran corresponder".

En segundo lugar, otra clasificación interesante es la que, *atendiendo al criterio de la mayor o menor exhaustividad de sus estipulaciones,* distingue entre pliegos de condiciones analíticos y sintéticos.

Así, en tanto en los pliegos de condiciones analíticos se establecen minuciosamente todas las condiciones relativas al objeto, la relación jurídica y el procedimiento, dejando librado a los oferentes prácticamente la sola indicación del precio como elemento variable, en los pliegos de condiciones sintéticos se fijan las bases de modo abreviado y se habilita a los proponentes la determinación de la forma, modo, precio, plazo y demás especificaciones de la prestación solicitada [36].

En tercer lugar, *atendiendo a la sustantividad de su contenido*, suelen contraponerse los denominados pliegos administrativos a los pliegos técnicos.

Mientras que los primeros contienen fundamentalmente cláusulas de orden jurídico, los segundos se caracterizan por contener primordialmente cláusulas de carácter técnico [37].

Como es obvio, cualquiera sea el tipo de pliego de condiciones de que se trate, su contenido deberá ajustarse a las reglas de Derecho de superior rango y, especialmente, a los principios generales de Derecho que enuncia el art. 149 del TOCAF: flexibilidad, publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad frente al formalismo, veracidad salvo prueba en contrario, transparencia y buena fe [38]. Dicha enumeración no es –no podría serlo– de carácter taxativo, de modo que no excluye la aplicación de otros principios no referidos en ella, tal como acontece con el de buena administración.

3. INCIDENCIA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LOS PLIEGOS

A) Estudios previos

Desde el punto de vista conceptual, si bien lo normal es que el diseño de los pliegos particulares sea realizado por la Administración interesada en promover la contratación de que se trate, *puede ocurrir que la etapa preparatoria del procedimiento respectivo se inicie no sólo de oficio sino también por iniciativa privada* en algunos casos [39].

Por otra parte, aún cuando la mentada etapa preparatoria es interna de la Administración, no excluye la eventual *participación de terceros y aún de interesados*, situaciones que merecen ser distinguidas.

---

36 Bartolomé FIORINI e Ismael MATA - "Licitación pública. Selección del contratista estatal" (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972), pág. 79.

37 Roberto DROMI - "Licitación pública" cit., pág. 259.

38 Carlos E. DELPIAZZO - "Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa", en Anuario de Derecho Administrativo, tomo XIII, pág. 65 y sigtes.; "Los principios generales en la contratación pública", en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO ISERN (Directores) - "La contratación pública" (Hammurabi, Buenos Aires, 2007), tomo 1, pág. 543 y sigtes., y "Extensión de los principios generales", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – "Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública" (U.M., Montevideo, 2012), pág. 43 y sigtes.

39 Eduardo MERTEHIKIAN - "La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos" (Abaco, Buenos Aires, 1992), especialmente págs. 91 y sigtes., y 131 y sigtes.

En primer lugar, respecto a terceros, es posible que en algunos casos la correcta definición del pliego de condiciones particulares y de su objeto requiera de estudios especializados para la realización de los cuales la Administración no cuente con funcionarios capacitados y deba acudir a la contratación de quienes tengan la idoneidad necesaria a través de contratos de consultoría[40] o similares.

En segundo lugar, diferente es la situación cuando, en la etapa de diseño del pliego particular, la Administración promueve consultas a través de invitaciones a "data rooms", llamados a expresiones de interés u otros mecanismos de participación de los potenciales interesados.

Tales iniciativas ofrecen como ventajas más destacables la amplia participación de todos los interesados, la obtención y el intercambio de información relevante, el mejoramiento de los anteproyectos o bases para el futuro contrato, la prevención de eventuales impugnaciones, y la consiguiente facilitación y transparencia del procedimiento de selección.

Las referidas instancias de participación no deben confundirse con la realización de negociaciones previas al procedimiento de selección, tal como suele ocurrir en el ámbito privado, en el que frecuentemente se desarrollan tratativas precontractuales [41].

De todos modos, no deben confundirse las tratativas (contingentes) con la ulterior propuesta (necesaria); puesto que la negociación implícita en las tratativas se ubica en la primera fase del "iter" y refiere a voluntades "en movimiento", que todavía no se han decidido, la diferencia fundamental entre tratativas y oferta es la que va de una voluntad que aún no tiene intención de contraer una obligación a la voluntad que se emite luego con intención de obligarse.

El pasaje de las tratativas a la propuesta presupone un cambio en la voluntad del sujeto que negocia con la Administración; requiere que éste decida que el negocio le conviene y, por ende, sustituya en el momento oportuno – cuando se materializa el llamado– la voluntad de discutir o tratar por la voluntad de contratar. Por ende, de existir, dichas negociaciones precontractuales en la etapa preparatoria carecen de toda fuerza vinculante y no puedan generar supuestos de responsabilidad.

En suma, en perspectiva teórica, aún cuando lo normal es que los estudios preparatorios necesarios para la elaboración de los pliegos son de resorte de la Administración, pueden existir casos en que los mismos estén a cargo de particulares, sea porque estos son los promotores de una iniciativa, sea porque han sido convocados como consultores o invitados a opinar y aportar elementos tendientes la mejor determinación del objeto a contratar, sobre todo cuando la complejidad de éste lo hace necesario o conveniente.

---

40 Carlos E-.DELPIAZZO - "Contratación Administrativa" cit., pág. 435 y sigtes; Ismael MATA - "El contrato de consultoría", en Estudios de Derecho Administrativo. Publicación en homenaje al Centenario de la Cátedra (Montevideo, 1979), tomo II, pág. 245 y sigtes.; Cesare VACCA y Arnoldo KLEIDERMACHER - "Contrato de consultoría" (Buenos Aires, 1991), pág. 43 y sigtes.; y Eva María MENENDEZ SEBASTIÁN - "El contrato de consultoría y asistencia" (Civitas, Madrid, 2002), pág. 97 y sigtes.

41 Carlos E. DELPIAZZO - "La negociación en los contratos administrativos", en La Contratación Administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur" (I.E.E.M., Montevideo, 1993), pág. 124 y sigtes.

En el Derecho uruguayo, con respecto a la primera de las hipótesis planteadas, o sea, *que la etapa preparatoria del procedimiento respectivo se inicie no sólo de oficio sino también por iniciativa privada,* corresponde tener presente la normativa regulatoria de las llamadas iniciativas privadas en el campo de la contratación pública.

Al respecto, coexisten en nuestro Derecho dos procedimientos de contratación administrativa promovidos por los interesados, similares en nombre y regulación [42].

Por una parte, con antecedentes de rango reglamentario en materia de obras públicas, los arts. 19 y 20 de la ley Nº 17.555 de 18 de setiembre de 2002 regularon la llamada simplemente *iniciativa*, como un procedimiento autónomo, el cual se encuentra reglamentado por el Decreto Nº 442/002 de 28 de setiembre de 2002 [43].

Conforme a dicha normativa, se faculta al Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales "a recibir iniciativas relativas a actividades susceptibles de ser ejecutadas directamente por los organismos referidos o de ser concesionadas de acuerdo".

Al respecto, el procedimiento y los derechos de los promotores de la iniciativa se ajustan a las siguientes bases:

a) en la fase de presentación de la iniciativa, el promotor asumirá los riesgos de su elaboración y la Administración dispondrá de un plazo máximo de 90 días para examinarla, debiendo guardarse confidencialidad;

b) en caso de ser aceptada la iniciativa por la Administración, ésta levantará la confidencialidad y requerirá los estudios de factibilidad, los que serán llevados a cabo por el promotor a su cargo y controlados en su calidad, costo y plenitud por la Administración;

c) cumplida dicha etapa a satisfacción de la Administración, ésta dispondrá de un plazo máximo de 120 días para convocar a audiencia pública, llamar a licitación o promover el procedimiento competitivo que determine por razones de buena administración, el cual podrá adjudicarse por subasta pública;

d) adoptada por la Administración la decisión de someter la iniciativa a cualquiera de los procedimientos competitivos señalados, la iniciativa quedará transferida de pleno derecho a la Administración;

e) si el promotor se presentare al procedimiento competitivo solo o integrado a un consorcio o sociedad, tendrá como única compensación el derecho a beneficiarse con un porcentaje no menor al 5% ni mayor al 20% sobre el valor ofertado, no deberá abonar los pliegos y si su oferta no resultara ganadora, podrá solicitar que se promueva un procedimiento de mejora de oferta; y

---

42 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 510 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración" (La Ley Uruguay, Montevideo, 2013), tomo I, págs. 255 y 256.

43 Carlos E. GUARIGLIA - "La contratación administrativa y la iniciativa privada", en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins" (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 408 y sigtes.

f) si el promotor resolviese no presentarse al procedimiento competitivo, tendrá como única compensación el derecho al cobro de una compensación por única vez equivalente al costo efectivamente incurrido y comprobado en la etapa previa, la que será abonada por el adjudicatario.

Quiere decir que el procedimiento de iniciativa desemboca, en caso de que la misma sea del interés de la Administración, en un procedimiento competitivo, que puede ser la licitación pública u otro, entre los que la ley menciona a la audiencia pública, procedimiento no regulado expresamente en nuestro Derecho positivo en materia de contratación administrativa.

Por otra parte, una parecida modalidad de *iniciativa privada* se introduce en la ley de participación público privada Nº 18.876 de 19 de julio de 2011 [44].

De acuerdo al art. 35 de dicha ley, "Las iniciativas privadas cuya ejecución, a juicio del proponente, requiera de la implementación de un contrato de participación público privada, serán presentadas ante la Corporación Nacional para el Desarrollo, acompañadas de la información relativa al proyecto y a su viabilidad, analizada a nivel de prefactibilidad".

Continúa el art. 36, en paralelo con la normativa general que viene de reseñarse, estableciendo que "Aceptada la proposición inicial, con o sin modificaciones, el proponente deberá elaborar y presentar el estudio de factibilidad".

Una vez obtenido el preceptivo informe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas a que refiere el art. 18 de la ley, se realizará un llamado público en los términos del art. 19, es decir, para un procedimiento competitivo, que podrá ser una licitación, subasta o cualquier otro que no fuere contrario a los principios generales admitidos en la normativa vigente.

En cuanto a los derechos del proponente de un proyecto a ser ejecutado mediante un contrato de participación público privada, también son similares a los del régimen general, a saber (arts. 37 y 38):

a) obtener el reembolso de los costos aceptados vinculados con la realización del estudio de factibilidad en caso de resultar adjudicatario;

b) obtener una ventaja de hasta el 10% de la valoración que se realice de su oferta respecto a la mejor;

c) no abonar los pliegos; y

d) mantener la confidencialidad del proyecto hasta el llamado público o por dos años si el mismo no se efectuare.

Por otra parte, en lo que dice relación con la eventual *participación de terceros y de potenciales interesados* en la etapa preparatoria de cualquier contratación, corresponde formular algunos distingos.

---

44 Maximiliano CAL LAGGIARD - "Procedimiento de iniciativa privada", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Comentarios a la Ley de Participación Público Privada" (U.M., Montevideo, 2012), pág. 231 y sigtes.

En primer lugar, respecto a terceros, debe tenerse presente la norma contenida en el art. 46, num. 4º del TOCAF, a cuyo tenor "Están capacitados para contratar con el Estado las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que teniendo el ejercicio de la capacidad jurídica que señala el Derecho común, no estén comprendidas en alguna disposición que expresamente se lo impida o en los siguientes casos:.... 4) Haber actuado como funcionario o mantenido algún vínculo laboral de cualquier naturaleza, asesor o consultor, en el asesoramiento o preparación de pliegos de bases y condiciones particulares u otros recaudos relacionados con la licitación o procedimiento de contratación administrativa de que se trate".

Quiere decir que el legislador ha considerado como una implicancia para ser oferente con posibilidades de contratar el haber actuado en la etapa preparatoria, en el entendido de que "no sería justo que quien hubiera tenido acceso, injerencia o incluso opinión en la confección del pliego y en el establecimiento de las condiciones que luego darán paso al contrato que el sujeto elegido va a celebrar con la Administración contratante, pueda proponerse como elegible" [45].

En segundo lugar, respecto a potenciales interesados, salvo las hipótesis legalmente previstas, se estima contrario al principio de igualdad que alguien se ubique en una posición más ventajosa respecto al resto que le permita acomodar de mejor modo su situación con mayor antelación y elementos de juicio.

De todos modos, corresponde deslindar el caso de la mayor o menor experiencia que pueda alguien tener frente al objeto a licitar, lo cual en modo alguno atenta contra el principio de igualdad. En efecto, el principio de igualdad de los licitantes no significa que todos los participantes en un procedimiento competitivo de selección deban ser iguales, lo cual sería absurdo. Se trataría de una equivocada interpretación de la igualdad que resultaría no sólo antijurídica sino atentatoria del interés público y del interés particular del servicio ya que conduce a dejar fuera a quien supuestamente exhibe mejores antecedentes. Con tal criterio, los antecedentes en actividades similares a las que son objeto del procedimiento competitivo, se transformarían automáticamente en causales de exclusión, y los méritos se convertirían en deméritos [46].

Desde la perspectiva de la buena administración, administradores y terceros, interesados o no, deben actuar bien y sin que puedan arrojarse dudas sobre su proceder: "serlo y parecerlo".

Va en ello una carga ética inocultable. Es que "La construcción jurídica de los contratos de la Administración debe realizarse desde la perspectiva constitucional que asigna a aquella la misión de servir, con sometimiento pleno al Derecho y con eficacia, los intereses generales" [47].

Adicionalmente, la coherencia con las necesidades a satisfacer, los recursos presupuestados y el encuadramiento con lo planificado deben ser guías para la realización de los estudios tendientes al efectivo logro de los objetivos propuestos.

---

45 Andrea CHANQUET - "Capacidad para contratar con el Estado", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública" (U.M., Montevideo, 2013), tomo I, pág. 139

46 Carlos E. DELPIAZZO - "Normas y principios de la contratación administrativa" (F.C.U., Montevideo, 2002), pág. 36.

47 José Luis MEILAN GIL - "Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo" (Iustel, Madrid, 2011), pág. 171.

B) Adecuación al objeto requerido

Desde el punto de vista conceptual, la clara y precisa identificación del objeto es requisito fundamental en el pliego de condiciones. Sólo así las ofertas responderán a lo que la Administración efectivamente pretende. Sin este requisito los interesados no sabrán exactamente que proponer, o sus propuestas no podrán ser cotejables con el mínimo de objetividad para garantizar un tratamiento igualitario a los concurrentes [48]. Por eso, la identificación del objeto no se cumple simplemente con su enunciación sucinta sino con toda la información que permita determinar su especie [49].

La determinación del objeto del futuro contrato se alcanza mediante pluralidad de características o variables, cuyo número aumenta con la complejidad de la obra, bien o servicio de que se trate, debiendo llegarse al máximo posible. Pero ello no implica la ausencia de límites: por un lado, el pliego no puede incluir características excesivas o irrelevantes para la satisfacción del interés público que se procura atender con el contrato, pero, por otro lado, tampoco podrá contener especificaciones tan minuciosas que lleven a singularizar un objeto que no es singular [50].

Por esa razón, se ha señalado que el criterio administrativo especificador del objeto tiene un límite mínimo y un límite máximo. Sin el primero, no existen condiciones para una comparación que pueda resolverse sobre la base de pautas preestablecidas para valorar equitativamente las propuestas. El segundo apunta a que la elasticidad del criterio no esté determinada únicamente por la voluntad del administrador, so pena de cometer arbitrariedad [51].

En tal sentido, atendiendo a las necesidades concretas enmarcadas en lo planificado, no es posible continuar con la práctica de confeccionar los pliegos de condiciones en base a textos anteriores, muchas veces elaborados en otras épocas o para satisfacer otros requerimientos, sino que se impone habilitar la presentación de alternativas planteadas por los interesados, aún cuando ello dificulte la comparación posterior.

En el Derecho uruguayo, ya ha quedado dicho que, de acuerdo al art. 48, lit. a) del TOCAF, el primer aspecto esencial de cualquier pliego de condiciones particulares es "la descripción del objeto".

Correlativamente, según el art. 63, inc. 2º del mismo TOCAF, "Las ofertas deberán ajustarse razonablemente a la descripción del objeto requerido, teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo". Agrega el inc. 3º que "Se considerará que las condiciones técnicas establecidas en el pliego de condiciones particulares tienen carácter indicativo para la consecución del objeto del llamado".

Por otra parte, al tenor del inc. 4º del mismo art. 63 se habilita a que "Si el pliego de condiciones particulares así lo autoriza, podrán presentarse modificaciones, alternativas o variantes, inclusive sin presentación de la propuesta básica".

---

48 Ximena PINTO - "Cuatro problemas que presentan los pliegos de condiciones", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Nuevos aspectos de las relaciones administrativas" (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 438 y sigtes.; y Roberto DROMI - "Licitación Pública" cit., pág. 248.

49 Rodrigo ESCOBAR GIL - "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública" (Legis, Bogotá, 2003), pág. 75.

50 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - "Sobre Derecho Administrativo" (F.C.U., Montevideo, 2012), tomo II, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 325 y sigtes.

51 Roberto DROMI - "Licitación Pública" cit., pág. 249.

Desde la perspectiva de la buena administración, los órganos competentes deben procurar diseñar "buenos pliegos" [52], para lo cual se requiere evitar restricciones innecesarias que tengan como efecto la reducción del número de oferentes, y centrarse en el desempeño funcional del objeto pretendido a través de la descripción de "qué" es lo que se busca lograr, más que de "cómo" lograrlo.

Bajo ese enfoque, interesa remarcar las expresiones "razonablemente" e "indicativo" que usa nuestra ley.

Por un lado, tal como lo enseñara Eduardo J. COUTURE, la idea de razonabilidad es uno de los más valiosos standards de nuestro tiempo[53], y en el caso traduce buena administración en la medida que apunta a la amplitud en el juicio de admisibilidad, de modo que la apreciación de las ofertas sea idónea y proporcionada, es decir, adecuada en relación al fin y balanceada en la relación costo beneficio.

De la misma manera, el carácter indicativo de las especificaciones técnicas apunta a descartar una imperatividad exagerada que conduzca a la descalificación de ofertas que pueden ser idóneas al objeto pretendido.

Asimismo, se impone como sugerencia de buena administración motivar la presentación de soluciones innovadoras y opciones alternativas. Como bien se ha dicho, no es una buena práctica vedar las variantes, máxime cuando la Administración a veces pide cosas que no son sensatas o no constituyen una eficiente inversión de fondos públicos, o respecto de las cuales existen alternativas mejores o más baratas [54].

C) Prevención de la corrupción

Desde el punto de vista conceptual, cabe coincidir con la caracterización amplia de la corrupción como "la utilización de una determinada posición, sea cual sea, para procurar obtener para sí o para otro, un beneficio indebido cualquiera sea su naturaleza". Al respecto, como bien se ha dicho, "No interesa que el beneficio sea económico para que haya corrupción. No interesa que haya daño al Estado o a la organización a la cual el corrupto pertenece. No interesa tampoco que el sujeto sea funcionario público o no. Lo que importa son dos cosas: a) que un sujeto, en virtud de ocupar una determinada posición, sea cual sea y donde sea, ejerza sus poderes para procurar obtener un beneficio de cualquier naturaleza para sí o para otro, que de no tener esa posición no lo habría podido obtener; y b) que ese beneficio sea ilegítimo" [55].

---

52 Makarena FERNANDEZ CEDRES - "Configuración de prácticas anticompetitivas en el marco de las licitaciones públicas", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Nuevos aspectos de las relaciones administrativas" (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 141.

53 Eduardo J. COUTURE - "Estudios de Derecho Procesal Civil" (Ediar, Buenos Aires, 1949), tomo II, pág. 225.

54 Agustín A. GORDILLO - "Tratado de Derecho Administrativo" (F.D.A., Buenos Aires, 2000), tomo 2, cuarta edición, págs. XII-24 y XII-25.

55 Augusto DURAN MARTINEZ - "Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control", en La Justicia Uruguaya, tomo 134, sección Doctrina, págs. 7 y 8; y "Corrupción y derechos humanos. Aspectos de Derecho Administrativo", en Estudios sobre Derechos Humanos (Ingranusi, Montevideo, 1999), pág. 138; y en Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone (A.M.F., Montevideo, 2000), págs. 155 y 156.

Por eso, antes de ahora, haciendo propias las palabras del Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción suscrita en Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de 2003, he enfatizado que la corrupción socava "los valores de la democracia, la ética y la justicia"[56].

En el Derecho uruguayo, son varias las disposiciones expresas dictadas con sentido preventivo de la corrupción en la gestación de la contratación pública.

Así, el art. 49 del TOCAF dispone que "La comprobación de que en un llamado a licitación se hubieren formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible para determinada persona o entidad, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a su anulación inmediata en el estado de trámite que se encuentre, y a la iniciación, también inmediata, del sumario pertinente para determinar los responsables".

Complementariamente, los arts. 50 a 55 del mismo TOCAF enfatizan en los diversos aspectos que hacen a la publicidad –y, más aún, a la transparencia– de los procedimientos de contratación.

Asimismo, otras normas apuntan a similar objetivo preventivo, tal como es el caso del art. 4º, lit. E) de la ley de defensa de la competencia Nº 18.159 de 20 de julio de 2007, que prohíbe "la coordinación de la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios públicos o privados". De este modo, se cierra el camino a los pactos colusorios, consistentes en acuerdos o prácticas concertadas que tienen por objeto restringir o falsear la libre competencia [57].

Desde la perspectiva de la buena administración, se impone la capacitación de los funcionarios en las buenas prácticas, la difusión de una cultura asentada en valores, y la articulación de políticas públicas consistentes [58].

Como bien se ha enseñado, "Aunque la realización del Derecho que concierne a la Administración no agote el alcance de la dimensión ética de la actuación de sus autores, en gran medida el comportamiento conforme a Derecho es síntoma de comportamiento ético. La desviación de poder, en el mayor número de los casos, supone una conducta éticamente reprobable, aunque técnicamente no haya sido así calificada en un proceso. Algo similar podría decirse de la arbitrariedad, motivación ausente o sesgada. La corrupción se corresponde con actuaciones de esa naturaleza, sean puniblemente castigadas o toleradas o silenciadas" [59].

D) Análisis de los oferentes

Desde el punto de vista conceptual, me gusta partir de la consideración de cada oferente como un colaborador de la Administración que responde con su presentación a la satisfacción de las necesidades definidas como objeto del procedimiento competitivo de selección.

---

56 Carlos E. DELPIAZZO - "Etica y corrupción en la contratación pública", en Carlos E. DELPIAZZO y Rogerio GESTA LEAL (Coordinadores) - "Etica pública y patologías corruptivas" (U.M., Montevideo, 2014), págs. 250 y 251.

57 Makarena FERNANDEZ CEDRES - "Configuración de prácticas anticompetitivas en el marco de las licitaciones públicas" cit., pág. 138 y sigtes.

58 Carlos E. DELPIAZZO - "Etica y corrupción en la contratación pública" cit., pág. 268 y sigtes.

59 José Luis MEILAN GIL - "La buena administración como institución jurídica", en Rev. Andaluza de Administración Pública (Sevilla, 2013); Nº 83, pág. 49.

La idea de colaborador, por oposición a la de adversario, impregna de un nuevo talante no sólo la preparación de los contratos públicos sino también su ejecución [60].

En el Derecho uruguayo, al tenor del art. 46 del TOCAF, para poder contratar con el Estado y con el objeto de que éste no se vea dañado en sus intereses, el contratante debe reunir condiciones de idoneidad moral, técnica y financiera. En principio, la idoneidad moral se presume, debiendo la técnica y financiera ser probada por el oferente por medio de hechos positivos [61].

A su vez, en orden a la determinación de quién es el oferente que aporta la propuesta más conveniente, hace años que insisto en "el cuidado en asegurar una ejecución efectiva del contrato" [62] como mandato de buena administración que, superando aspectos formales, cale en lo sustancial de cada proponente.

Afortunadamente, la nueva redacción dada al art. 65 del TOCAF en su párrafo final ha recogido este criterio, estableciendo que "Se deberá:

a) Prever razonablemente una ejecución efectiva y eficiente del contrato.

b) Obtener las mejores condiciones de contratación de acuerdo con las necesidades de la Administración.

c) Juzgar los antecedentes de los oferentes y el contenido de las ofertas en base a los criterios objetivos que se determinen en los pliegos".

Desde la perspectiva de la buena administración, la consideración de los contratos públicos como instrumentos de colaboración entre las partes se asocia al principio de buena fe, enraizada en las bases éticas de nuestro ordenamiento jurídico, iluminando la preparación, celebración, interpretación y ejecución de los pactos entre sujetos que no pueden verse –porque no lo son– como enemigos.

Por eso, "si bien los pliegos deben interpretarse restrictivamente en resguardo de la igualdad de los participantes, ante una norma dudosa, frente a una interpretación de la que surja la exclusión de un oferente, y aquella otra que permita su participación, debe prevalecer la admisión de la oferta" [63], haciendo caudal de la máxima "in dubio pro oferente".

Asimismo, "la observancia del deber de buena administración y la moralidad en la gestión pública obligan a los funcionarios a asegurar la concurrencia del mayor número de proponentes, en un plano de igualdad y a seleccionar la oferta más ventajosa, con la mayor objetividad y publicidad, de modo que la adjudicación sea no sólo acertada sino moralmente inobjetable" [64].

---

60 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, págs. 422 a 424.

61 Esther MUÑOZ DE HAM - "Normas de Ordenamiento Financiero" (F.C.U., Montevideo, 1988), págs. 35 y 36.

62 Carlos E. DELPIAZZO - "Manual de Contratación Administrativa" cit., tomo 1, tercera edición actualizada, pág. 113; y "Contratación Administrativa" cit., reedición 2005, pág. 192.

63 Roberto DROMI - "Las ecuaciones de los contratos públicos" /E.C.A., Buenos Aires, 2001), pág. 42.

64 Daniel Hugo MARTINS - "Valoración de nuestro sistema de compras estatal", Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Nuevos aspectos de las relaciones administrativas" (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 468.

E) Análisis de las ofertas

Desde el punto de vista conceptual, es valor generalmente aceptado que la oferta presentada en un procedimiento competitivo de contratación pública debe satisfacer tres tipos de requisitos: subjetivos, objetivos y formales. Los requisitos subjetivos refieren al proponente; los objetivos al contenido de la oferta; y los formales a la instrumentación de la misma. Consecuentemente, será admisible toda propuesta que cumpla tales exigencias, y resultará inadmisible aquella que no las reúna [65].

Quiere decir que el examen de admisión o de admisibilidad de las ofertas es una cuestión previa y distinta a la valoración de su conveniencia, consistente en apreciar la "correspondencia" de la oferta presentada a tiempo, a las exigencias contenidas en los pliegos de condiciones y demás normas aplicables [66].

Como bien se ha dicho, "una cosa es la correspondencia de la oferta con la exigencia de los pliegos y otra es su calidad de más conveniente a los efectos de la adjudicación. Es que la oferta correspondiente, y por lo tanto admisible en el procedimiento, puede no ser conveniente, y de aquí que será rechazada en el momento de la adjudicación luego de ser comparada –mediante una actividad de valoración que cumplirán los órganos competentes de la Administración licitante– con las otras ofertas correspondientes y, en especial, con la oferta que, además de correspondiente, resulte objetivamente conveniente. A la inversa, la calidad de oferta conveniente no podrá purgar el vicio de falta de correspondencia que la pueda aquejar, dado el carácter riguroso del procedimiento de selección del contratista estatal. Precisamente, la falta de correspondencia no precisará, para su comprobación y declaración, de ninguna comparación con las propuestas de los restantes concursantes. La correspondencia es una calidad que pertenece a la oferta en sí misma (aunque en relación con los requisitos de los pliegos licitatorios); en cambio la conveniencia es el resultado de una relación comparativa, una virtud de la oferta en su relación con las propiedades de las restantes propuestas" [67].

En el Derecho uruguayo, se recoge la distinción entre el examen de admisibilidad de cada oferta (analizada individualmente) y la valoración de su conveniencia (realizada comparativamente con las demás admitidas).

En tal sentido, el art. 47 del TOCAF incluye "los requisitos de admisibilidad de las propuestas" como parte de los pliegos generales, en tanto que el art. 48 refiere a "el o los principales factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas así como la ponderación de cada uno" como contenido necesario de los pliegos particulares.

Del mismo modo, el art. 66 del TOCAF prevé que "El informe de la Comisión Asesora de Adjudicaciones deberá contener los fundamentos que respalden su juicio de admisibilidad y su opción por la oferta más conveniente, exponiendo las razones de la misma" (inc. 3º).

---

65 Roberto DROMI - "Licitación Pública" cit., pág. 357 y sigtes.

66 Carlos E. DELPIAZZO - "Contratación Administrativa" cit., pág. 207 y sigtes.

67 Rodolfo Carlos BARRA - "Contrato de Obra Pública" (Abaco, Buenos Aires, 1986), tomo II, págs. 616 y 617.

Más específicamente, el examen de admisibilidad aparece regulado en los arts. 63 y 65 del TOCAF [68].

De acuerdo al inc. 1º del art. 63 del TOCAF, con la redacción dada por el art. 36 de la ley Nº 18.834 de 4 de noviembre de 2011, "Los oferentes deberán presentar sus ofertas en las condiciones que se establezca en los pliegos respectivos, pudiendo agregar cualquier otra información complementaria pero sin omitir ninguna de las exigencias *esenciales* requeridas".

A su vez, el art. 65 del TOCAF, con el texto dado por el art. 39 de la citada ley Nº 18.834, establece en su inc. 5º lo que textualmente preceptuaba antes el inc. 2º del art. 54 del anterior TOCAF, a saber: "La admisión inicial de una propuesta no será obstáculo a su rechazo si se constataren luego defectos que violen los requisitos legales o aquellos *sustanciales* contenidos en el respectivo pliego". Y agrega en el inc. 6º: "Se consideran apartamientos *sustanciales* aquellos que no pueden subsanarse sin alterar materialmente la igualdad de los oferentes"

De dichos textos merece destacarse la referencia a "esenciales" y "sustanciales" para calificar las exigencias requeridas para la admisibilidad de las propuestas. Quiere decir que las mismas pueden omitir exigencias no esenciales y contener apartamientos no sustanciales sin que tales circunstancias aparejen su inadmisión o rechazo.

Adicionalmente, la actual redacción dada al art. 65 del TOCAF prevé en su inc. 3º que en el acto de apertura "no se podrá rechazar la presentación de ninguna propuesta sin perjuicio de su invalidación posterior y se controlará si en las propuestas se ha adjuntado la garantía constituida cuando ello correspondiera". Ello significa que no podrá negarse la recepción de ninguna oferta. Por el contrario, dispone el texto legal en su inc. 7º que, "La Administración podrá otorgar a los proponentes un plazo máximo de dos días hábiles para salvar los defectos, carencias *formales* o errores evidentes o *de escasa importancia*". Por lo tanto, a diferencia de los aspectos sustanciales o esenciales, los defectos o carencias formales así como los errores evidentes o de escasa importancia no meritan el rechazo de una oferta sino el otorgamiento de un plazo de dos días para su subsanación.

Por su parte, respecto a la comparación de las ofertas [69], al tenor de la parte final del citado art. 65 del TOCAF, "Examinada la admisibilidad de las ofertas, a los efectos de determinar la *oferta más conveniente a los intereses de la Administración pública y las necesidades del servicio*, se tendrán en cuenta los factores de evaluación cuantitativos y cualitativos aplicables en cada caso, que deberán constar en el pliego de condiciones particulares".

El mismo concepto de "*oferta más conveniente a los intereses de la Administración pública y las necesidades del servicio"* se reitera en el art. 68 del TOCAF.

Desde la perspectiva de la buena administración, prever razonablemente una ejecución efectiva y eficiente del contrato, obtener las mejores condiciones de contratación de acuerdo con las ne-

---

68 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración" cit., tomo I, pág. 266.

69 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración" cit., tomo I, págs. 266 y 267.

cesidades de la Administración, y juzgar los antecedentes de los oferentes y el contenido de las ofertas en base a los criterios objetivos que se determinen en los pliegos, son todos criterios que traducen una positiva carga ética del bien hacer de los órganos públicos como comportamiento debido.

Asimismo, hace a la buena administración tener en cuenta que el examen de admisibilidad traduce una actividad primordialmente reglada consistente en apreciar la correspondencia de cada oferta con los requerimientos subjetivos, objetivos y formales consignados en el ordenamiento jurídico aplicable que no precisa para su comprobación de ningún cotejo con las demás propuestas (porque es una calidad que refiere a la oferta considerada en sí misma) en tanto que el análisis de conveniencia es el resultado de una comparación (porque refiere a la relación de la oferta con las demás admitidas) donde, dependiendo de los pliegos, puede existir un cierto margen de discrecionalidad [70].

F) Alcance y límites de las negociaciones posibles

Desde el punto de vista conceptual, toda negociación consiste en tratar una determinada cuestión, procurando su mejor logro. En el ámbito de la contratación, implica el diálogo acerca del futuro pacto a alcanzar y, en el campo específico de la contratación pública, debe estar presidido por el objetivo de alcanzar, desde la colaboración, la oferta más conveniente a los intereses de la Administración y las necesidades del servicio [71].

En el Derecho uruguayo, la negociación está prevista como una etapa contingente e incidental en el marco de un procedimiento competitivo, que implica el intercambio de opiniones con el objeto de lograr la concertación de un acuerdo entre las partes (Administración y potenciales interesados), sin participación de terceros [72].

Así resulta del inc. 13 del art. 66 del TOCAF: "Si el pliego particular lo prevé en el caso de presentación de ofertas similares, se podrán entablar negociaciones con los respectivos oferentes, a fin de obtener mejores condiciones técnicas, de calidad o de precio". Agrega el inc. 14 que "Si los precios de la o las ofertas recibidas son considerados manifiestamente inconvenientes, el ordenador o en su caso la Comisión Asesora debidamente autorizada por éste, podrá solicitar directamente mejoras en sus condiciones técnicas de precio, plazo o calidad".

Respecto a los supuestos habilitantes de la negociación, la ley requiere que esté prevista en el pliego de condiciones particulares y establece que debe tratarse de ofertas similares. Aunque nada aclara al respecto, cabe inferir que la negociación será promovida por la Comisión Asesora de Adjudicaciones o el ordenador competente en su caso (tal como se establece en la misma disposición para la mejora de ofertas) y que la similitud podrá referir a la calificación o al precio (tal como también se prevé para la mejora de ofertas).

---

70 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración" cit., tomo I, pág. 263 y sigtes.

71 Carlos E. DELPIAZZO - "La negociación en los contratos administrativos" cit., pág. 121 y sigtes.

72 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración" cit., tomo I, pág. 351 y sigtes.

Por lo tanto, no podrán realizarse negociaciones entre la Administración y los proponentes si ello no fue avisado desde la convocatoria y únicamente en el supuesto de ofertas admisibles que puedan considerarse similares. Significa que sólo podrá negociarse en la fase esencial del procedimiento competitivo (no antes ni después), que sólo podrá hacerse en el caso de similitud y que siempre deberá apuntarse al fin de alcanzar la oferta más conveniente.

Desde la perspectiva de la buena administración, la negociación, cuando el Derecho positivo la habilita, es un instrumento sumamente útil para mejorar los resultados de la contratación pública, dentro de los parámetros de la colaboración y la probidad de administradores y administrados.

No constituye un supuesto ni debe confundirse con la renegociación, entendida como instrumento de revisión de un contrato ya celebrado y en plena ejecución, cuando se ha producido una alteración que lo justifica como alternativa procurada por las partes (vía autónoma) que prevenga o evite acudir a un tercero –juez o árbitro– para superar el problema planteado (vía heterónoma), generalmente asociado a la ruptura del equilibrio económico financiero de lo pactado [73].

G) Solución de controversias

Desde el punto de vista conceptual, cabe constatar en la confección de los pliegos una recepción creciente del arbitraje como medio idóneo para la resolución de conflictos de intereses con autoridad de cosa juzgada en tiempo mínimo y con todas las garantías, venciendo una fuerte resistencia a la recepción del instituto, todavía respaldada por opiniones descalificantes de su pertinencia en la contratación pública.

Prescindiendo de tradiciones jurídico culturales adversas al arbitraje [74], la afirmación de la improcedencia de acudir a la vía arbitral para superar las dificultades que puedan suscitarse en cuanto a la interpretación, el alcance, el cumplimiento y la extinción de las obligaciones resultantes de los contratos en que la Administración es parte, ha estado generalmente asociada a dos tipos de consideraciones, ligadas a disposiciones positivas concretas: la improcedencia de la transacción en el ámbito de las relaciones jurídico administrativas y la presencia del interés público en la actuación de los entes estatales. No obstante, ninguna de ambas líneas argumentales es suficiente para descartar la solución arbitral en los contratos públicos.

En primer lugar, *por lo que refiere a la transacción*, si bien es cierto que generalmente no pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción (como es el caso del estado civil de las personas), en cambio no es cierto que el objeto de los contratos de la Administración sea indisponible o esté fuera del comercio de los hombres [75].

Quienes postulan la tesis negativa, se fundan en que sólo es posible transar respecto a las relaciones jurídicas en que las partes tienen poder de disposición, y en que si la actuación de la Ad-

---

73 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración" cit., tomo I, pág. 351 y sigtes.

74 Agustín GORDILLO - "Tratado de Derecho Administrativo" cit., tomo II, cuarta edición, pág. XVII-1 y sigtes.

75 Miguel S. MARIENHOFF - "Tratado de Derecho Administrativo" (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978), tomo III-A, pág. 613 y sigtes.

ministración es válida, la transacción a su respecto resultaría viciada por la intención de favorecer al co-contratante mientras que si es inválida, lo sería por aprovecharse de la necesidad de éste.

Más allá de la relatividad de tales argumentos, la doctrina moderna sustenta la tesis afirmativa en más sólidos fundamentos referidos a la competencia de los órganos públicos para ejercer atribuciones propias de la llamada zona de reserva de la Administración [76], sin perjuicio de la existencia de previsiones legales habilitantes.

Además, quienes sostienen que las entidades estatales no pueden transar no piensan en la Administración deudora o demandada, respecto a la cual el principio de buena administración y la propia índole del contrato como regla de Derecho pueden hacer aconsejable la transacción.

En segundo lugar, *no alcanza la sola invocación del interés público* para excluir el arbitraje porque el interés público debe estar presente en toda la actuación estatal y no sólo en la contractual [77].

En efecto, la admisión del arbitraje no implica comprometer el interés público en su superioridad frente a los intereses particulares y aún en su indisponibilidad. Pactar la cláusula compromisoria no es contrario al interés público cuando el ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, atribuye competencia a una entidad pública para ello. Por cierto, el ejercicio de la competencia (que es deber-poder) también es de interés público, como igualmente lo es el respeto del derecho del co-contratante cuando la solución arbitral de conflictos fue establecida en el contrato. Es que cuando el Estado contrata, más allá del fin concreto que se persiga, siempre debe estar presente el interés público.

En el fondo, la negación del arbitraje en la contratación pública se apoya en la vieja y confusa distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, impuesta por los sistemas de doble jurisdicción y que, en último término, es una manifestación de la perimida teoría de la doble personalidad del Estado, por lo que la previsión del arbitraje es perfectamente admisible en los pliegos de condiciones [78].

En el Derecho uruguayo, la solución arbitral de las controversias que se susciten con motivo de la interpretación y ejecución de los contratos públicos resulta hoy indiscutible [79].

---

76 Héctor Jorge ESCOLA - "Tratado integral de los contratos administrativos" (Depalma, Buenos Aires, 1977), vol. I. pág. 497 y sigtes.; y Miguel S.MARIENHOFF - "Tratado de Derecho Administrativo" cit., tomo III-A, pág. 610 y sigtes.

77 Mariano R. BRITO - "Principio de legalidad e interés público", en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

78 Susana LORENZO - "Arbitraje", en Contratación Administrativa (F.C.U., Montevideo, 1989), pág. 108 y sigtes.

79 Carlos E. DELPIAZZO - "Manual de Contratación Administrativa" cit., tomo I, pág. 151 y sigtes., y "Contratación Administrativa" cit., págs. 252 y sigtes. y 257 y sigtes; Daniel Hugo MARTINS - "El arbitraje en la contratación administrativa", en Estudios de Derecho Administrativo (La ley Uruguay, Montevideo, 2013, Nº 8, pág. 713 y sigtes., y "Los laudos de los tribunales arbitrales internacionales de la CTME de salto Grande y del CIADI del Banco Mundial", en La Justicia Uruguaya, tomo 133, sección Doctrina, pág. 111 y sigtes.; Jorge ECHEVARRIA LEUNDA - "El arbitraje y contratación administrativa", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año II (2003), Nº 4, pág. 39 y sigtes., y "Normas aplicables al arbitraje internacional y al nacional. Cláusula arbitral y compromiso arbitral", en La Justicia Uruguaya, tomo 129, sección Doctrina, pág. 33 y sigtes.; Augusto DURAN MARTINEZ - "Arbitraje en contratos administrativos", en Casos de Derecho Administrativo (Montevideo, 2005), tomo IV, pág. 131 y sigtes.; y Felipe ROTONDO - "Conciliación y arbitraje en los contratos administrativos", en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 2002), tomo IX, pág. 75 y sigtes.

Así lo reconoce el TOCAF, que contiene varias referencias positivas al arbitraje en el campo del Derecho público, como cuando habilita comprometer gastos sin que exista crédito presupuestal disponible para el "cumplimiento de laudos arbitrales" (art. 15, num. 1) y cuando contempla "la solución arbitral de las controversias contractuales" como una de las posibles normas a incluir en los contratos de la Administración celebrados "en aplicación de contratos de préstamo con organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte o de donaciones modales" (art. 45).

También los tratados de fomento y protección recíproca de inversiones suscritos por Uruguay con diversas naciones han previsto expresamente la cláusula arbitral [80].

Asimismo, el art. 25 de la ley Nº 16.906 de 20 de enero de 1998, dictada con el objeto de promover las inversiones, faculta a acudir opcionalmente a la vía judicial o a la vía arbitral [81].

Más radicalmente, el art. 54 de la ley Nº 18.786 de 19 de julio de 2012, que regula el contrato de participación público privada, obliga a las partes a someterse a arbitraje en caso de cualquier controversia [82].

Finalmente, con carácter general, los arts. 472 a 507 del Código General del Proceso (CGP) regulan el proceso arbitral con amplio alcance [83].

Desde la perspectiva de la buena administración, las ventajas que el instrumento arbitral ofrece tanto a las entidades estatales como a sus contrapartes contractuales son por demás evidentes.

Su amplitud en cada caso estará determinada por los términos de la cláusula compromisoria –a cuidar en la confección de los pliegos de condiciones– sin perjuicio de que, en nuestro Derecho, los tribunales arbitrales no pueden entender en materia de inconstitucionalidad de las leyes (reservada a la Suprema Corte de Justicia) ni de nulidad de actos administrativos (reservada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

Salvo tales limitaciones, la previsión de la solución arbitral para resolver las controversias que puedan suscitarse a propósito de la interpretación, ejecución o extinción de un contrato público, puede estipularse sin necesidad de autorización legal no sólo por razones de buena administración sino porque "pactar el arbitraje no constituye un acto de disposición que requiera texto expreso" [84].

---

80 Esteban M. YMAZ VIDELA - "Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas" (La Ley, Buenos Aires, 1999), pág. 9 y sigtes.

81 Santiago CARNELLI y otros - "Ley de Inversiones" (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 33 y sigtes.

82 Daniel Hugo MARTINS - "Solución de controversias en los contratos PPP con especial referencia al arbitraje", en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2012), Nº 6, pág. 425 y sigtes., y Adrián A. GUTIERREZ - "Solución de controversias (arbitraje) en la ley de participación público privada (PPP)", en La Justicia Uruguaya, tomo 145, sección Doctrina, pág. 73 y sigtes.

83 Carolina GIUFFRA - "Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso" (F.C.U., Montevideo, 2007).

84 Enrique SAYAGUES LASO - "Tratado de Derecho Administrativo" cit., tomo I, pág. 545, y tomo II, pág. 118.

4. CONCLUSIONES

Es evidente que "Una correcta planificación de la futura contratación será esencial para propender al logro de los objetivos y fines de la gestión contractual de la Administración", aspecto en el cual los pliegos de condiciones juegan un rol fundamental [85].

Como reza el Código Iberoamericano de Buen Gobierno aprobado en Montevideo el 23 de junio de 2006, entre las reglas vinculadas a la gestión pública, se impone la actuación "de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad y eficiencia", vigilando "la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado" (num. 26) y administrando "los recursos materiales y financieros del Estado con austeridad, evitando cualquier tipo de uso impropio" (num. 31).

Para ello, uno de los retos del Derecho Administrativo actual es hacer operativos los principios generales como reglas de Derecho y, entre ellos, el de buena administración. Bajo esa óptica, resulta inocultable la importancia teórica y práctica de gestar la contratación pública desde esa perspectiva.

85 José Luis BENAVIDES - "Contratos públicos, Estudios" (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014), pág. 220 y pág. 185 y sigtes.

DISEÑO DE PLIEGOS CONTRACTUALES Y BUENA ADMINISTRACIÓN: LA INCLUSIÓN DE CRITERIOS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES

Jaime Pintos Santiago
Doctor en Derecho, Jurista y escritor

La inclusión de criterios de carácter social y medioambiental, si bien han sido recogidos a través de diversos cuerpos normativos de índole nacional e internacional, su desarrollo ha sido discreto y en muchas de las ocasiones defectuoso[1].

Actualmente los criterios sociales y medioambientales no sólo han sido recogidos en las normativas internas, sino también se han tornado extensivas a los contratistas que contratan con la Administración, quienes han adoptado éstas como manera de sobresalir en el mercado a través de políticas éticas y responsables, diferenciándose de sus competidores.

Como conclusión a la situación real en cuanto a la aplicación de los criterios sociales y medioambientales dentro de la contratación pública, tenemos la certeza de que aún queda mucho camino por andar todavía, lo que no obsta que nos encontremos en un buen pie para seguir construyendo con cimientos sólidos un modelo de contratación eficiente y económico, pero a su vez ético y socialmente responsable con el medioambiente y la sociedad.

Resulta una necesidad común conseguir que los distintos órganos de contratación y otros que también participan de estos procedimientos de contratación, tengan presentes este tipo de criterios en sus licitaciones y prestación de contratos públicos, algo que no ocurre en demasía en la actualidad, y, por otro lado, conseguir que los mismos conozcan los requisitos jurídicos que los

1 Sirva de ejemplo justificativo el comentario de fecha 3 de septiembre de 2012 de BERNAL BLAY, M.Á. "la igualdad de género y los contratos públicos" publicado en el *Observatorio de Contratación Pública*, http://www.obcp.es/ [fecha de consulta: 7 de febrero de 2017], en donde se pone de manifiesto la censura que el Tribunal de Cuentas hace en el informe de fiscalización de los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto Nacional de la Mujer, hecho público el 30 de junio de 2011 (puede verse en: http://www.tcu.es/uploads/I898.pdf [fecha de consulta: 7 de febrero de 2017]), en cuanto a la utilización de determinados aspectos relacionados con la promoción de la igualdad de género como criterios de adjudicación, de forma que el Tribunal de Cuentas concluye diciendo *"…ninguno de los criterios antedichos* [se refiere a cuatro criterios diferentes que anteriormente enumera, Vid. pág. 104 del informe] *es susceptible de ser utilizado como criterio de adjudicación, puesto que todos ellos se refieren a características subjetivas de las empresas, que deben ser preexistentes a la ejecución del contrato y a la propia adjudicación. Por el contrario, ninguno de esos criterios afecta a la prestación objeto del contrato, por lo que no son aptos para la evaluación de las cualidades intrínsecas de la prestación y, en definitiva, la aplicación de los citados criterios no resulta válida para determinar cual sea la oferta más ventajosa económicamente…*", lo que demuestra la incorrecta utilización que de estos criterios se realiza incluso por los órganos creados específicamente para perseguir y alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

hagan conforme a Derecho. Elemento este último que es que resulta también de trascendental importancia. De nada sirve usar y dar visibilidad a estos criterios sociales y medioambientales, sino se hace correctamente de acorde a la normativa vigente, al contrario, no sólo los hace inservibles, sino que los convierte en denostables de cara a la galería por los problemas que dicha invalidez atrae.

Cabe enfatizar también en el hecho que existen ya multitud de guías de contratación y recomendaciones en este sentido, elaboradas también por una multiplicidad de organizaciones y órganos diferentes, pero parecen demostrarse más que insuficientes, aun cuando generen cierto nivel de dispersión normativa que en algunos casos genera un mayor escepticismo por parte de los gestores públicos y privados de la contratación pública. Lo anterior, nos avocaría, a priori, a compartir el hecho de que la única vía efectiva para su amplia y correcta implantación derive necesariamente de una prolija reglamentación normativa imponiendo su utilización con carácter imperativo en función de las diversas fases del procedimiento de contratación, los tipos de contratos y, por supuesto, los dos tipos de cláusulas sociales y medioambientales, generales para todos los contratos y específicas para determinados contratos.

Aunque en este punto nos encontramos con otro problema y es que, aunque las distintas Administraciones Públicas están elevando el grado de compromiso a favor de la utilización de estos criterios, no lo están haciendo a través de los medios y fórmulas precisas para ello, dando lugar a que algunas de las instrucciones e incluso reglamentos dictados al efecto hayan sido objeto de recurso por parte de la Abogacía del Estado por ser a priori contrarios al ordenamientos jurídicos vigente. Lo que denota una vez más, que la praxis errónea no sólo se da en la práctica administrativa, sino también en la labor regulatoria.

Reconociendo el desarrollo doctrinario en materia de incorporación de cláusulas sociales y medioambientales, es necesario también poner de manifiesto que en algunos casos se ha establecido la aplicación del criterios de valoración de carácter imperativo, tal como ha sucedido con el criterio “precio”, donde se establece para el mismo mediante instrucciones obligatorias un porcentaje mínimo muy elevado sin que a nadie le parezca extraviado.

Ante tales afirmaciones, es necesario añadir, que los criterios medioambientes y sociales en absoluto están reñidos con el carácter marcadamente económico que hoy se busca dar a la contratación pública consecuencia de la actual coyuntura económica, dado que muchos de estos criterios pueden ser exigidos, con carácter general para todos los contratos y con carácter particular para algunos contratos, tanto en las fases de admisión como de ejecución del contrato, sin afectar de ninguna manera a la búsqueda del precio más bajo y sin afectar necesariamente al coste económico del mismo. Asimismo la incorporación de este tipo de cláusulas, lejos de entorpecer o hacer más oneroso el tipo de contratación, permite una contratación no sólo segura, sino también eficiente, evitando terminaciones anticipadas de contratos o evitando que la Administración deba dar cumplimiento a las obligaciones de un contratante incumplidor con respecto a sus obligaciones para con sus trabajadores o terceros, y a su vez evitando los costes judiciales que pueden derivarse de este tipo de situaciones.

La relevancia de la Contratación Pública no sólo viene dada por el carácter estatal de este tipo de contrataciones, sino también por el hecho que esta actividad constituye uno de los ámbitos

vertebrales de la actuación administrativa con un gran significado económico y social, ya que no en vano representa aproximadamente un 19% del PIB de la Unión Europea[2] y una de las principales medidas para luchar contra la crisis económica a través del fortalecimiento de los procesos de adquisición como pilar del desarrollo económico, social, cultural y tecnológico de los países.

Por tanto, las claves para la utilización de estos criterios en los pliegos y las claves que constituyen las nociones o ideas que permitirían aprovechar las oportunidades que la contratación pública otorga como instrumento para influir positivamente en la protección del medio-ambiente y de los sectores más desfavorecidos de la sociedad son:

- ✓ **Fases de aplicación y aplicabilidad de éstas en los procedimientos de contratación**: Es necesario a efectos de la correcta introducción de criterios medioambientales y sociales en la contratación pública hacer una meridiana diferenciación entre las distintas fases del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, tal y como realiza en su doctrina jurisprudencial el alto Tribunal de la Unión Europea, se recoge en las Directivas comunitarias y en la legislación nacional española, y ello porque no todos los ejemplos de criterios medioambientales y sociales pueden ser aplicados en todas las fases del procedimiento de adjudicación y en todos los sentidos, general o específico[3].
- ✓ **Extensión y Fuerza en la aplicabilidad de los criterios**: Resulta imprescindible hacer una distinción entre dos tipos de criterios medioambientales o sociales, unos más generales y de menor alcance aplicables a todos los contratos y otros más específicos y de mayor efecto, a los que se exigirá además de la falta de contradicción con los principios generales de la contratación administrativa, que también se les exige a los primeros[4]: una vinculación con el objeto del contrato; la necesidad de publicidad previa en los anuncios o en los pliegos; la inclusión, preferiblemente en ambos pliegos (pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas), como indispensable al contrato de la materia medioambiental o social de que se trate; la forzosa ligazón de estos criterios con las

---

2 En el año 2010 los contratos públicos supusieron un 19,7 por ciento del PIB de la Unión Europea según el documento *Public procurement indicators 2010*, de 4 de noviembre de 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf (fecha de consulta: 16-septiembre-2016).

3 En el mismo sentido se pronuncia también la "Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en los contratos públicos (COM(2001) 274 final)" , así como la "Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (COM(2001) 566 final)".En esta Comunicación interpretativa la Comisión nos recuerda que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ratifica la obligación de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y que el Tratado de Ámsterdam consagra entre las prioridades de la Unión Europea la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y las actividades de la Unión.

4 A estos primeros se les exige en todo caso y con carácter general el respeto a los dos límites que señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias Beentjes (Sentencia de 21.09.1988, Gebroeders Beentjes, asunto C-31/87, Rec. p. I-4635) y Comisión/Francia (Sentencia de 26.09.2000, Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais, asunto C-225/98, Rec. p. I-7445) donde se establecen que los criterios que se implanten deben observar todos los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea y, en particular, el principio de no discriminación; asimismo la aplicación de estos criterios debe tener lugar respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva pertinente y, especialmente, las normas sobre publicidad (deben mencionarse expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación).

personas usuarias o beneficiarias de las prestaciones a contratar o con el propio destino del contrato; la necesidad (así lo aconsejo) de que estos criterios cuando sean criterios de adjudicación/valoración puedan ponderarse y evaluarse de manera objetiva y cuantificable a través de reglas o fórmulas; y, por último sin mandato imperativo legal, la incorporación al título del contrato de la dimensión ambiental que se pretende.

- ✓ **Especificidad de los criterios y no extensión de normativas externas**: No resulta correcto efectuar superposiciones respecto del alcance de lo que disponga la normativa sectorial, ya sea referida al medioambiente o a cuestiones sociales, y que sea ajena a la contratación pública, a lo dispuesto por la legislación contractual-administrativa. Es decir, para que las primeras tengan el carácter de vinculantes habrán de adecuarse y supeditarse en conformidad a lo previsto en las legislaciones sobre contratación pública, actuando esta última en materia de contratos públicos como límite a la presumida transversalidad de las políticas ambientales y sociales, salvo evidentemente la oportuna modificación de la normativa de contratos que pudiera tener lugar.

- ✓ **Relevancia de la constitucionalidad de estos derechos como columna vertebral de estos criterios y del compromiso estatal envuelto en los mismos**: Si bien es cierto que existe un gran y considerable impacto de las cuestiones de tipo social y del medioambiente en la vida de las personas –desde donde radica la fundamentación constitucional de la aplicación de criterios sociales y medioambientales en el marco de la contratación pública– las normas y resto de actuaciones que buscan una acción positiva a favor de la protección del medioambiente, provienen del pleno respecto al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea[5], de la Constitución española, incardinándose en este caso al amparo del mandato contenido en sus artículos 9.2 y 45.2 y del derecho que recoge el apartado primero de este último precepto constitucional, que si bien no se trata de un derecho fundamental, sí se encuentra ligado con el derecho a la vida (a la calidad de vida) y con el principio constitucional del desarrollo adecuado de la persona, de manera que todo lo expuesto hasta ahora me permite concluir taxativamente que **el uso por las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores de cláusulas para la protección social y del medioambiente a través de las políticas de contratación pública como interés general es legal, obligatorio, necesario y, en todo caso, rentable.** Es, de esta manera, que la inclusión de este tipo de criterios en la Contratación Pública, uno de los mecanismos a través de los cuales el Estado puede (y en cierta medida debe) propiciar el respeto y resguardo al medioambiente y a las cuestiones de carácter socio-laboral, lo que se traduce necesariamente en el bienestar de la sociedad en su conjunto.

En relación a los aspectos señalados precedentemente, y aun cuando el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se encuentra en trámite legislativo –y pese a las numerosas y fundadas críticas respecto al texto del mismo– cabe señalar la relevancia que éste le otorga a los criterios medioambientales, al incorporar *por ejemplo, en materia medioambiental la exigencia de certificados de calidad a los licitadores para acreditar su experiencia o su "buen hacer" en el ámbito*

5 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagró el principio de primacía del Derecho comunitario en la sentencia *Costa contra Enel* de 15 de julio de 1964, asunto 6/64.

de la protección del medio ambiente, si bien, cabría decir que siempre cabe ser más ambicioso y que a nuestro juicio así debería haber sido en este aspecto, estableciendo de algún modo cierta obligatoriedad en la consideración del aspecto medioambiental en los contratos administrativos, sobre todo en su fase de ejecución.

Lo mismo se puede decir de la nueva generación de Directivas, si bien también se puede aducir, a mi juicio, que la apuesta por la nueva y venidera generación de normativa sobre contratación pública vuelve a no hacer una apuesta definitiva por la utilización de este tipo de criterios, ya que por ejemplo y sin ir más lejos, los deja totalmente desligados de su obligatoriedad y de su necesaria, imprescindible, importantísima y conclusiva vinculación a los principios generales de la contratación pública[6].

Finalmente, sólo reiterar que la inclusión de criterios sociales y medioambientales, independiente de su carácter general o específico, no sólo requieren de tipificación normativa, sino que también resulta imperativo contar con absoluta claridad respecto de los mecanismos a través de los cuales estos se harán exigibles, evaluables y comprobables. Hoy en día, aun cuando han transcurrido décadas desde el reconocimiento de principios de carácter internacional vinculado con el medioambiente y las cuestiones socio-laborales sigue existiendo el temor del contratista de que estos criterios puedan eventualmente restar objetividad a la participación de éstos en los procesos y/o la evaluación de las ofertas presentadas, siendo necesario para ello seguir trabajando incansablemente para revestir a este tipo de criterios en parámetros objetivos que impidan el más mínimo indicio de subjetividad por parte de los órganos de la Administración, algo que sólo se puede hacer tal y como se aconsejaba anteriormente, si los mismos dependen de fórmulas matemáticas cuando se utilizan como criterios de adjudicación, convirtiéndolo de este modo en criterios totalmente objetivos, no sólo desde el punto de vista de su vinculación al objeto del contrato, sino en cuanto a la determinación de los puntos o ponderaciones aplicables al caso concreto.

6 Sobre esta cuestión véanse las múltiples publicaciones del autor en defensa de la inclusión en el Derecho positivo de la contratación pública, tanto de la Unión Europea como en el Derecho interno español, de los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental.

BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Augusto DURÁN MARTÍNEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA BUENA ADMINISTRACIÓN. III. PROYECCIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA SELECCIÓN DEL COCONTRATANTE DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. APRECIACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. La esencia de un ser, mientras siga siendo ese ser, permanece inalterada en el tiempo; lo que cambia son los accidentes. Si la esencia de un ser cambia, cambia el ser; tenemos otro ser, no el mismo ser. Si los accidentes cambian, el ser continúa siendo el mismo porque la esencia sigue siendo la misma. Por eso, la esencia del ser humano del siglo XXI es la misma que la de Adán y Eva.

2. Es común que se diga que el derecho administrativo actual se basa en la centralidad de la persona humana. De ahí que la Administración, parte del Estado, tenga una naturaleza instrumental, servicial, sirve con objetividad los intereses generales; dicho de otra manera, está para crear las condiciones necesarias para el mejor desarrollo de la persona humana. Bien decía RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: "El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben bienes y servicios públicos del poder sino actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas."[1]

Pero si se analiza con mayor detenimiento este punto se advierte que esto ya estaba claramente en el pensamiento de Tomás DE AQUINO[2] que, en este aspecto, desarrolla y perfecciona el pensamiento de ARISTÓTELES.[3] El hombre es un animal racional, por ser racional es social, por ser social es político, de donde se sigue que la comunidad política deriva de la naturaleza humana.

---

1 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo", en *ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María /GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coordinadores) El Derecho a una buena administración y la ética pública*. Tirant lo blanch. Valencia, 2011, p. 78.

2 DE AQUINO, Tomás. *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, en *DE AQUINO, Tomás. Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Editorial Porrúa S.A. México, 1975, pp. 257 y ss.

3 ARISTÓTELES, *La política*. Editorial Tor Srl. Buenos Aires, 1965, pp. 7 y ss.

La comunidad política tiene, así, raíz natural: deriva de la naturaleza humana, está para crear las condiciones para una vida adecuada; en suma, está al servicio de la persona humana.

Por tanto, siempre fue así. Si no lo vimos así antes fue por la imperfección de nuestro conocimiento.

A medida que el conocimiento avanza, vemos más cosas que antes. Por eso, con el nuevo paradigma que trajo el neoconstitucionalismo,[4] podemos captar con claridad la naturaleza instrumental de la Administración al servicio de la persona humana, cosa que antes no veíamos. No ver no significa inexistencia de la cosa no vista.

3. Lo expuesto precedentemente es clave para comprender el significado y la importancia del derecho positivo. El derecho positivo es fundamental para el buen orden de la sociedad, pero no puede desconocer el derecho natural. El derecho positivo obtiene su legitimidad por su conformidad con el derecho natural,[5] pero no es una mera emanación de él ni una copia. El derecho positivo se necesita porque el derecho natural no puede prever todo.[6] El derecho natural se aplica directamente en ausencia del derecho positivo y lo rectifica si el derecho positivo lo contradice; pero no se puede ignorar la importancia del derecho positivo.

4. Desde esta perspectiva debemos encarar la cuestión de la buena administración y sus proyecciones ya que, de lo expuesto, es innegable su raíz natural y, por eso, ha rectificado mucho de lo que antes decíamos o hacíamos.

II. LA BUENA ADMINISTRACIÓN

1. La primera Constitución de América del Sur que recoge el término *buena administración* es la uruguaya de 1952.

En efecto, el artículo 311, que es reiterado con el mismo número y contenido en la Constitución vigente, menciona la *buena administración* al regular los efectos de la sentencia anulatoria de un acto administrativo.

2. Por cierto que el concepto de *buena administración* no fue una originalidad de nuestra Constitución ni era nuevo para la época. Ya HAURIOU aludía a ella y no precisamente en forma incidental; antes bien, estaba en la médula de su concepción institucionalista del derecho administrativo,[7] con todo lo que para él implica la noción de institución.

Sin embargo, no fue esa la visión dominante en su época. Antes y después de HAURIOU y por mucho tiempo, conforme a la visión autoritaria proveniente de la Revolución Francesa, se impuso una concepción del derecho administrativo basada en las prerrogativas. Se trataba de un derecho

---

4 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "En torno al neoconstitucionalismo", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, pp, 8 y ss.

5 FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980, p.58.

6 FINNIS, John. *Ley natural y*…, pp. 63 y ss.

7 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Societé du Recueil Sirey. Paris, 1921, p. 14.

de y para la Administración; casi no se hablaba de *buena administración* y cuando se hablaba no tenía la connotación que tenía en HAURIOU.[8]

El mérito del artículo 311 de nuestra Constitución fue llamar la atención sobre la *buena administración*, como no se había hecho antes en nuestro medio.[9]

3. Toda esa primera doctrina nacional encaró la *buena administración* desde la perspectiva del deber de la Administración y, en cuanto a su contenido, centró su atención en la eficacia y eficiencia, tomando estos términos como sinónimos o en el significado que les asignan la ciencia económica y de la administración, que distingue el sentido de cada uno de sus términos.

4. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, expedida en Niza el 7 de diciembre del año 2000, recogió expresamente en su artículo 41 el derecho a una *buena administración*.

Al indicar su contenido, en forma no taxativa, lo hizo recogiendo aspectos del contenido del debido proceso, de otros principios del procedimiento administrativo y el derecho a la reparación por daños causados por las instituciones y sus agentes.

Pero también la doctrina y jurisprudencia europea incluyen dentro del contenido de la *buena administración* la eficacia y la interdicción de la arbitrariedad.[10]

5. Esto revela que la *buena administración* tiene un contenido múltiple o plural.[11]

---

8 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Reflexiones sobre la definición de derecho administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2013, Nº 7, pp.135 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2015, Nº 11, p. 138.

9 GIORGI, Héctor, "El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya", en *GIORGI, Héctor. Escritos jurídicos*. F.C.U. Montevideo, 1976, pp. 91 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya", en *VV.AA. Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1980, t. II, pp. 102 y ss.; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "La discrecionalidad administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 1982, año XXVI, Nº 1, p. 104; BRITO, Mariano R., "De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, julio-diciembre 1975, año XXIII, Nº 3-4, pp. 171 y ss.; BRITO, Mariano R., "La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad", en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1980, t. II, pp. 29 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Impugnación de reglamento", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 256; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principios de eficacia y Estado Subsidiario", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 14 y ss.

10 SANZ LARRUGA, Francisco J., "El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la buena administración", en *ARANCIBIA MATTAR, Jaime y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, (Coordinadores). La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Universidad de Los Andes. Legal Publishing Abeledo-Perrot. Santiago de Chile, 2009, pp. 577 y ss.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el derecho administrativo especial", en *VV.AA. Los principios en el derecho administrativo iberoamericano*. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Juntas de Castilla y León. CECLAP, FIDA. La Coruña, 2008, pp. 376 y ss.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C. U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 13.

11 RUOCCO, Graciela, "La buena administración y el interés general", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto/ HANNA de ROSA, Marta (Coordinadores). Ética. Estado de Derecho. Buena Administración*. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2013, p. 97.

Siguiendo los lineamientos de FREITAS,[12] expresé que la buena administración significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.[13] Posteriormente, he entendido que en este concepto de buena administración queda comprendido el desarrollo sostenible.[14][15]

Con acierto RUOCCO expresó: "el concepto de buena administración responde a las posturas más recientes del derecho administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de actuación, y poner el énfasis en la voluntad de situar a la persona en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa."[16] El mero formalismo es incompatible con el reconocimiento de un derecho volcado a la ciudadanía,[17] tomado este término en el sentido de habitante, como lo hace la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (en adelante CLAD),[18] que luego se mencionará.

Se advierte también que las perspectivas del deber y del derecho no son incompatibles. Son, más bien, complementarias: existe el deber de la Administración de actuar conforme a las reglas de la *buena administración* porque las personas, destinatarias de la *buena administración*, tienen derecho a que se actúe así.[19] Y esto revela, asimismo, que la *buena administración* es también un principio general de derecho que, por su origen, posee máximo valor y fuerza.

Por eso, pacíficamente hoy se considera la *buena administración* como un principio, un derecho y un deber.[20] Ese principio, que deriva de la esencia de la Administración, parte del Estado y, por ende, de la persona humana; como regla de derecho que es, crea los derechos y deberes mencionados.

---

12 FREITAS Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, pp. 30 y ss.

13 DURÁN MARTÍNEAZ, Augusto, "La buena", loc, cit., p. 175.

14 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto., "Desarrollo sostenible y derecho administrativo", en *Interesse Público. Revista Bimestral de Direito Público*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013, Nº 80, pp. 206 y ss.

15 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, pp. 294 y ss.

16 RUOCCO, Graciela, "La buena administración y", loc. cit., p. 95.

17 JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos, "Transformações do Direito Administrativo e seus impactos na eficiência e nos contratos de Administração", en *JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos. Direito Administraitvo em Debate.* 2ª Série. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2007, p. 35.

18 Preámbulo de la citada Carta. Ver *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2015, Nº 11, p. 650.

19 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental al", loc. cit., p. 114.

20 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La buena administración", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Neoconstitucionalismo y* , pp. 172 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso Administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, p. 294.

6. Esta triple funcionalidad de la buena administración fue recibida expresamente en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Panamá el 27 y 28 de junio de 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, también celebrada en Panamá el 18 y 19 de octubre de 2013.

Esta Carta consta de un Preámbulo y cinco capítulos. El capítulo primero refiere a la finalidad de la Carta; el segundo está dedicado a los principios comprendidos en el principio de la *buena administración*; el tercero define el derecho fundamental a la *buena administración* y enumera en forma enunciativa los derechos comprendidos en él; el cuarto refiere a los deberes de las personas hacia la Administración y el quinto contempla la protección procesal del derecho fundamental a la *buena administración*.

Como se percibe, no contiene un capítulo destinado a los deberes de la Administración pese a que la dimensión del deber está contemplada en el Preámbulo. Tal vez no se haya contemplado un capítulo específico sobre los deberes porque estos, tomando esta expresión en un sentido amplio, incluyendo tanto los casos en que tiene un derecho correlativo como los que no lo tienen, se extraen de los derechos enunciados. Sintetizando el pensamiento de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, podemos decir que la Administración tiene deberes u obligaciones porque los ciudadanos tienen derechos.[21]

7. Esta Carta es un instrumento de "soft law". El CLAD no puede emitir normas imperativas obligatorias para los Estados.

Sin embargo, dado el origen del principio de *buena administración* es directamente operativo. Por eso los derechos y deberes que de él derivan son directamente operativos. Y, por eso, esos derechos gozan de protección judicial y esos deberes son jurisdiccionalmente exigibles, por más que el artículo 54 se remite a la protección prevista en los diferentes ordenamientos jurídicos. Lo digo una vez más, el derecho positivo es importantísimo, no deriva del derecho natural, pero encuentra su legitimidad en el derecho natural y este se impone ante la ausencia de derecho positivo y cuando el derecho positivo lo contradice. De ahí la importancia de esta Carta en cuanto nos ilustra acerca del contenido de la *buena administración* en sus diversas dimensiones. Pero debemos tener en cuenta que el principio de *buena administración* no requiere de la Carta para su aplicación; por algo es un principio.

8. Como se comprenderá, el múltiple contenido de la buena administración, su triple dimensión, el supravalor del principio que posibilita su aplicación directa, lo que implica la exigibilidad directa de los deberes que derivan de la *buena administración* y la garantía jurisdiccional de los derechos comprendidos en ella, impactan de manera significativa en el contrato administrativo.

---

21 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental al", loc. cit., p. 114.

III. PROYECCIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA SELECCIÓN DEL COCONTRATANTE DE LA ADMINISTRACIÓN

1. El contrato administrativo es una especie de contrato. Participa de la esencia del contrato, si no, no sería tal. Lo administrativo configura la diferencia específica que permite distinguirlo del género y de otras especies de contratos.

Hay contrato administrativo cuando, por lo menos, una de las partes es una persona pública estatal.[22]

2. El contrato administrativo es un instrumento para el cumplimiento de los cometidos del Estado. Es, así, una manifestación de la función administrativa. Por tanto, se rige por los principios que informan la actividad administrativa, entre los que se encuentra el de la *buena administración*.[23]

3. Este principio se proyecta sobre toda la vida del contrato: la etapa precontractual, la celebración misma del contrato, su ejecución y su extinción.

A los efectos de nuestro tema interesa la primera etapa, ya que es allí cuando efectúa la selección. En la ejecución del contrato la selección del contratista ya se efectuó. En la celebración del contrato interesa si se efectuó la selección en violación de la *buena administración* e igualmente se celebra el contrato con el cocontratante mal seleccionado, lo que impacta, naturalmente, por el vicio jurídico que eso supone, en la extinción, si existe una impugnación por esa causal.

4. En su momento señalé que la licitación pública procura un doble objetivo:

a) lograr el contrato más conveniente para la Administración;

b) asegurar a todos la posibilidad de contratar con el Estado.[24]

Pero también he advertido en la doctrina más moderna, lo que se proyecta en el derecho positivo, una tendencia a sostener que a esos objetivos ya tradicionales se agrega un tercero: procurar que los contratos administrativos sirvan para afianzar determinadas políticas públicas, en particular las ambientales, a fin de asegurar un desarrollo sostenible.[25]

Con la nueva redacción del primer inciso del artículo 33 del TOCAF,[26] que impone para la contratación administrativa un procedimiento competitivo como principio, en términos generales se puede extender a los otros procedimientos de contratación lo dicho precedentemente para la licitación pública.

---

22 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El contrato administrativo en Uruguay", en *Estudios Jurídicos*. Facultad de Derecho-Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2014, Nº 12, pp. 122 y ss.

23 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El contrato administrativo en",, loc. cit., pp. 125 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principios de la contratación administrativa", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2013, Nº 8, pp. 52 y ss.

24 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Licitación pública", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2013, Nº 8, p. 167.

25 PERNAS GARCÍA, José. "Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea y España", en *Revista Brasileira de Infraestructura*. RBINF. Belo Horizonte, jan/jun, 2013, ano 2, Nº 3, pp. 13 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Licitación", loc. cit., p. 168.

26 El primer inciso del artículo 33 del TOCAF-2012 dice: "Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente".

5. Como se comprenderá, con estos objetivos el concepto de *buena administración* cobra especial importancia en la selección del contratista. Los distintos contenidos del concepto apuntan a la satisfacción de los distintos objetivos señalados.

6. El primer aspecto del contenido del concepto de *buena administración* que he indicado, "elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo", así como el funcionamiento adecuado de los servicios, se relacionan con la eficacia y la eficiencia tomados estos términos en su conjunto con el distinto significado que le asigna la ciencia de la Administración o como sinónimos,[27] con una extensión tal que comprenda esos subconceptos. Este contenido del concepto de *buena administración*, aplicado a los contratos administrativos, procura lograr el contrato más conveniente para la Administración.

Ese contrato más conveniente para la Administración debe ser, también, más conveniente para el interés general. En efecto, la Administración posee un interés público, llamado también interés público secundario, que está subordinado al interés general, también llamado interés público primario.[28] O sea, no basta que el contrato sea el más conveniente para la Administración aisladamente considerada, debe además ser el más acorde al interés general. Esto hay que tenerlo bien en cuenta porque, a veces, el ente estatal actúa en función de su interés pese a que su interés contradiga el interés general.

7. Pero no basta lo expuesto para una *buena administración*. Es preciso actuar con transparencia, con probidad.

La transparencia se relaciona con la publicidad. Pero, como bien dice DELPIAZZO, impone algo más. La publicidad implica mostrar pero la transparencia implica dejar ver, implica que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal.[29]

La transparencia es el mejor antídoto contra la improbidad, figura, en general, considerada más amplia que la corrupción; pero, en mi concepto lato de corrupción, prácticamente coinciden.[30]

La actuación con probidad es clave para la *buena administración*, puesto que asegura que la Administración no se aparte del fin debido y sirva con objetividad los intereses generales.

Estos aspectos no solo apuntan a procurar el contrato más conveniente sino también a salvaguardar el derecho de todos a tener la posibilidad de contratar con el Estado: en otros términos, a salvaguardar el principio de igualdad.

---

27 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Eficacia y eficiencia: ¿mérito o legalidad?", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Neoconstitucionalismo y*..., pp. 184 y ss.

28 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principios de la contratación", loc. cit., pp. 73 y ss.

29 DELPIAZZO, Carlos E., "Privacidad y transparencia pública", en *RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel/ PÉREZ HUALDE, Alejandro/ VÁZQUEZ VIERA, Emilio/ FARRANDO, Ismael (Coordinadores) Derecho Administrativo Iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2011, p. 800.

30 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Corrupción y función pública", en *BACELLAR FILHO, Romeu Felipe / WUNDER HACHEM, Daniel (Coordinadores) Direito Público no MERCOSUL. Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar/Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013, pp. 37 y ss.

A los efectos de asegurar la igualdad, la transparencia, la probidad y obtener realmente la oferta más conveniente, el artículo 49 del TOCAF prohíbe, y sanciona, la inclusión en los pliegos de cláusulas cuyo cumplimiento solo sea factible para determinada persona o entidad, de manera que el llamado se dirija a favorecer situaciones particulares.

Para aplicar las medidas previstas en él exige que se reúnan dos circunstancias: a) que en el pliego existan cláusulas que solo puedan ser cumplidas por una sola persona; y b) que se hayan redactado así para favorecer a esa persona ("dirigida a favorecer situaciones particulares", dice la norma). O sea, no basta con que las cláusulas solo puedan ser cumplidas por una persona; es necesario además que hayan sido redactadas así para favorecerla.

Lo ilegítimo es que se redacte un pliego de tal manera que solo pueda ser cumplido por una persona para favorecerla. Eso equivaldría a emplear una licitación pública para encubrir una contratación directa.

Pero si la Administración redacta un pliego en base a las necesidades del servicio y luego se advierte que las exigencias puestas solo pueden ser cumplidas por una persona, ello no es ilegítimo. La Administración no debe contratar mal para que puedan contratar todos. La igualdad que se debe salvaguardar es la de todos los que están en condiciones de satisfacer las necesidades de la Administración, pero no corresponde contemplar la situación de los que no lo están.

O sea, para aplicar las sanciones previstas en el artículo 49 es preciso determinar, en primer lugar, si en un pliego existen cláusulas susceptibles de ser cumplidas por una sola persona. Si la investigación arroja un resultado negativo, se debe descartar las medidas previstas en este artículo. Pero si arroja un resultado positivo, se debe además determinar si esa redacción estuvo finalizada no en interés del servicio sino para favorecer a ese único sujeto que se ajusta al pliego.[31]

8. El desarrollo sostenible en su múltiple dimensión, ambiental, social, económica, ética y jurídica,[32] hace naturalmente a la buena administración e impacta también en la contratación administrativa, especialmente en la selección del contratista.

También en este aspecto hay que tener bien presente la diferencia entre el interés público o interés público primario. Un contrato puede ser conveniente para la Administración, pero si atenta contra el desarrollo sostenible contradice el interés general y no puede, así, celebrarse.

9. El último aspecto que he mencionado en mi concepto de *buena administración* es el de las garantías. Refiero, así, a la garantía de defensa y al principio del debido proceso con todo lo que ello implica.

En el caso de los procedimientos de contratación administrativa, el principio del debido proceso es clave para una buena contratación. Su correcta aplicación es la mejor garantía para el logro del mejor contrato, para asegurar el pleno cumplimiento del principio de igualdad y para obtener un contrato respetuoso del desarrollo sustentable.

---

31 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2005, vol. IV, p. 145; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Licitación", loc. cit., pp. 171 y ss.

32 FREITAS, Juarez, "Desafíos jurídicos do desenvolvimento sustentável: novos desafíos do gestor públic".. Conferencia pronunciada el 23 de mayo de 2013 en Foz do Iguaçu - Paraná- Brasil, en el marco del III Congreso Internacional de Direito e Sustentabilidade. Direito Público e gestão sustentável; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Licitación", loc. cit., p. 183.

Como bien observó CAJARVILLE PELUFFO, "la defensa del administrado sirve para decidir mejor."[33]

También en esta línea GORDILLO, evocando a WADE escribió:

"Cualquier estudiante de derecho o de administración, dice WADE, estará de acuerdo en que el derecho a ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es tanto una regla de buena administración como de buena decisión judicial. 'No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera. Podemos concebir –porque a veces lo hacemos– que las decisiones administrativas sean tomadas de otra manera. Sin embargo esto debiera ser imposible.'

El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia: es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión, con menor o ningún costo político. El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, –e interés público como suma de intereses individuales coincidentes– entonces es meridiano que la voz de los afectados potenciales, aún en el más 'claro' de los casos, aporta siempre más elementos de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto y su grado de satisfacción del interés público comprometido."[34]

REAL se anticipó en varios años a los autores precedentemente indicados. En efecto, en 1978, con motivo de estudiar la ley federal de procedimiento administrativo de Alemania de 25 de mayo de 1976, al referirse al derecho de defensa, escribió: "Este derecho comprende los de ser oído, ver el expediente, solicitar prueba, alegar, etc. Pero en el Estado Social de Derecho esta intervención del administrado supera el sentido individualista de la defensa y se convierte en colaboración o participación democrática de los administrados o gobernados en la gesta de las decisiones que les conciernen, en bien de la armonía del interés público y del particular."[35] Y más adelante indicó: "La participación de los interesados en el procedimiento administrativo no solo favorece el interés legítimo de los administrados: es garantía de justicia, del imperio del derecho (*rule of law*) y también de acierto, porque los interesados aportan su conocimiento especial de los asuntos en que son parte o acerca de los cuales están especialmente informados en razón de su actividad habitual, y coadyuvan a la buena administración."[36]

---

33 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y la eficiencia de la administración", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Sobre derecho administrativo*. Tercera edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2012, t. II, p. 228.

34 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3ª edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1998, pp. IX-18 y ss.

35 REAL, Alberto R., "La codificación del derecho administrativo general en Alemania Federal (Derecho de defensa y participación democrática de los administrados)", en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1978, t. I, p. 370.

36 REAL, Alberto R., "La codificación del derecho , loc. cit., pp. 377 y ss.

El debido procedimiento significa, por cierto, cumplir con todo lo que implica el tradicional debido proceso o debido proceso adjetivo, como también se le llama. Pero también significa actuar con eficacia para el logro del fin debido y con transparencia.

Siendo así las cosas, *buena administración* y debido procedimiento en buena medida coinciden. No hay *buena administración* sin debido procedimiento y no hay debido procedimiento si se afecta la *buena administración*.[37]

10. La buena administración incide en la decisión de contratar, en el tipo de contratos que se va a celebrar y obviamente en la redacción de los pliegos.

Desde la redacción de los pliegos se incide en la selección del contratista.

Conforme a los artículos 47 y 48 del TOCAF-2012, existen dos tipos de pliegos: los pliegos de bases y condiciones generales y los pliegos de bases y condiciones particulares. Los primeros rigen para todos los contratos de la misma categoría; los segundos, para un contrato en particular.

Los primeros, por su generalidad, inciden menos que los segundos en la selección del contratista. En efecto, el artículo 48, al fijar el contenido mínimo de los pliegos particulares, en su literal C impone que se debe establecer: "el o los principales factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas, así como la ponderación de cada no a efectos de determinar la calificación asignada a cada oferente, en su caso."

Al determinar estos factores, se debe tener en cuenta el contenido del concepto de *buena administración*.

La redacción del texto normativo contempló esos aspectos en forma genérica y objetiva; todos los que intervienen en el procedimiento de contratación al evaluar cada oferta deberán apreciar en qué medida esas ofertas se ajustan a esos factores que deben contemplar plenamente el contenido de la buena administración.

11. La decisión la toma el ordenador de gastos competente.

Los ordenadores de gastos son los órganos competentes para comprometer el gasto.[38]

Los ordenadores de gastos pueden ser primarios o secundarios.

Conforme al artículo 26 del TOCAF-2012, son ordenadores primarios de gastos, hasta el límite de la asignación presupuestal, los jerarcas máximos de toda la Administración, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

Conforme al artículo 28 del mismo TOCAF: "Son ordenadores secundarios de gastos, los titulares de órganos sometidos a jerarquía a quienes se asigne competencia para disponer gastos por una norma objetiva de Derecho."

---

37 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La buena", loc. cit., pp. 170 y ss.

38 Conforme al artículo 14 del TOCAF-2012, "constituyen compromisos los actos administrativos dictados por la autoridad competente, que disponen destinar definitivamente la asignación presupuestal o parte de ella, a la finalidad enunciada en la misma".

Esos ordenadores de gastos, primarios o secundarios según los casos, son los que deciden, los que eligen al cocontratante de la Administración y deben, al hacerlo, hacerlo conforme a los criterios de *buena administración*.

12. Pero no solo ellos deben actuar conforme a la *buena administración*.

En un procedimiento de contratación administrativa intervienen, además, otros funcionarios que, aunque no deciden, cumplen una función importantísima en materia de asesoramiento. Entre ellas destaco los integrantes las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones y quienes emiten opiniones jurídicas.

Conforme al artículo 66 del TOCAF-2012, en cada Administración pública estatal funcionarán una o más Comisiones Asesoras de Adjudicaciones.

Como se desprende de su nombre, son órganos de asesoramiento, de naturaleza consultiva; no deciden, y actúan en materia de contratos administrativos. Asesoran a los respectivos ordenadores de gastos, previo a la adjudicación de un contrato.

Su intervención es preceptiva en todo procedimiento competitivo que supere determinado monto expresamente determinado por la ley, anualmente ajustable. Pero su pronunciamiento no es vinculante; el ordenador, por razones fundadas, puede apartarse del dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones.

Los miembros de las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones son designados discrecionalmente por el jerarca.[39]

No tienen un número fijo de miembros, su integración puede variar y es de tipo interdisciplinario. En general se designa algún miembro con formación jurídica, alguno con formación económica o financiera y alguno con formación en la materia del contrato de que se trata.

Es muy importante este tipo de integración para cubrir todos los aspectos que conlleva una contratación administrativa.

No obstante, a menudo los resultados no son satisfactorios porque, en los hechos, muchas veces los integrantes de las Comisiones opinan individualmente solo sobre los aspectos de su especialidad y, en una deferencia mal entendida, no lo hacen en los aspectos de la especialidad de los demás.

Ese proceder es erróneo; todos los integrantes deben considerar todo y emitir un dictamen que sea realmente en conjunto. Si hay dudas, como es razonable que existan, se debe hacer uso de las potestades que el propio TOCAF-2012 en el artículo 66 les otorga: a) solicitar a cualquier oferente aclaraciones; b) recabar otros asesoramientos. Pero lo que no pueden hacer es lo que frecuentemente hacen: firmar un informe sin estar seguros de lo que están firmando en los aspectos de su específica formación por pasar por la opinión de los que tienen formación en la materia y aun en contra de lo que realmente piensan. Con esta actitud se suele aconsejar contratos contrarios a la *buena administración*.

---

39 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Licitación", loc. cit., p. 179.

Algo similar ocurre con los dictámenes jurídicos. Todavía existen ciertos asesores de la Administración que no han reparado que la *buena administración* salió de la zona del mérito e ingresó en la zona de la legitimidad. Efectúan, así, un análisis meramente formal ignorando la *buena administración*. Con ese criterio, no es infrecuente que se adjudiquen contratos contrarios a la *buena administración*.

Menciono estos aspectos porque a menudo se efectúan contratos contrarios a la *buena administración* producto de una responsabilidad compartida entre asesores y jerarcas que se diluye por esa misma razón. Los jerarcas pretenden evadir su responsabilidad diciendo que siguieron el asesoramiento de los técnicos y los técnicos pretenden eludir la responsabilidad diciendo que no son ellos los que deciden.

La verdad es que todos son responsables. Los técnicos no son irresponsables por las opiniones vertidas porque influyen en la decisión de los ordenadores. Y los jerarcas no son irresponsables por seguir las opiniones de los técnicos, pues sus dictámenes no son vinculantes; siempre es necesario pensar y decidir con argumentación.

13. En este aspecto merece también recordarse la intervención del Tribunal de Cuentas de la República.

El Tribunal de Cuentas efectúa un control de legalidad, lo que incluye la *buena administración* puesto que esta ya ha salido, como se ha dicho, de la zona del mérito, como en su momento se entendió, para ingresar en la zona de la legitimidad.[40] En el marco de ese control, conforme al artículo 211 literal B) de la Constitución, debe intervenir preventivamente en los gastos y los pagos. Efectúa así un control previo a la adjudicación.

Los actos del Tribunal no son vinculantes. En caso de efectuar observaciones, la Administración puede insistir. Si lo hace, la comunicación al Tribunal quien, en caso de continuar las observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General o a quien haga sus veces, a sus efectos.

Esa comunicación a la Asamblea General es a los efectos de que se efectúe el control parlamentario que compete al Poder Legislativo sobre la Administración Pública.[41]

Lamentablemente, esto que debería ser muy excepcional es altamente frecuente y la comunicación a la Asamblea General no tiene consecuencias por no efectuarse los controles parlamentarios correspondientes; y, cuando se efectúan, no llegan a buen puerto porque la mayoría legislativa, lo que es típico en los últimos años, cierra filas a favor del Gobierno.

Por esta razón, muchos son los contratos contrarios a la *buena administración* que se efectúan.

14. El artículo 65 del TOCAF-2012 contiene dos incisos finales que no tenía el texto anterior.

Estos incisos dicen:

---

40 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La buena", loc. cit., p. 159.

41 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Tribunal de Cuentas. Comunicación de sus observaciones a la Asamblea General", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2003, vol. III, p. 160.

"Examinada la admisibilidad de las ofertas, a los efectos de determinar la oferta más conveniente a los intereses de la Administración pública y las necesidades del servicio, se tendrán en cuenta los factores de evaluación cuantitativos y cualitativos aplicables en cada caso, que deberán constar en el pliego de condiciones particulares.

Se deberá:

A) Prever razonablemente una ejecución efectiva y eficiente del contrato.

B) Obtener las mejores condiciones de contratación de acuerdo con las necesidades de la Administración.

C) Juzgar los antecedentes de los oferentes y el contenido de las ofertas en base a los criterios objetivos que se determinen en los pliegos."

Este agregado es correctísimo. Es saludable su recepción a texto expreso aunque, a decir verdad, todo ello era ya procedente, entre otras cosas por razones de *buena administración*.

Estos aspectos deben ser especialmente considerados por la Comisión Asesora de Adjudicaciones pero, también, por la Asesoría Jurídica del organismo en caso de intervenir, el Tribunal de Cuentas y el ordenador del gasto competente al tomar la decisión.

15. Algunos autores han considerado que para el acto de adjudicación la Administración ejerce potestad discrecional.[42] Por el contrario, entiendo que no hay aquí discrecionalidad sino que la Administración debe elegir la oferta más conveniente (artículo 68 del TOCAF-2012), y esto es un concepto jurídico indeterminado.[43] Estamos ante una cuestión intelectiva y no volitiva, lo que descarta la discrecionalidad.

El texto del anterior TOCAF decía que "la adjudicación se hará a la oferta que se considere más conveniente… sin que sea preciso hacer la adjudicación a favor de la de menor precio, salvo en identidad de circunstancias y calidad" (artículo 59).

Conforme a la redacción de este artículo, el precio es un elemento más a tener en cuenta, no el único. No necesariamente es el factor decisivo pero nada impide: a) que la oferta más conveniente sea la de mejor precio; o b) que se procure a través de una licitación la obtención de una contratación con el mejor precio.[44] Digo *mejor* precio y no *menor* precio como dice el artículo, porque en las licitaciones en que el Estado recibe dinero, el mayor precio es más conveniente que el menor.

---

42 DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2011, vol. 1, p. 463.

43 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La licitación pública", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 330; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de derecho administrativo*. Universidad Católica del Uruguay/Ingranusi Ltda., Montevideo, 1999, vol. II, pp. 188 y ss.; BEZZI, Osvaldo, "Formación del precio en el contrato de obras públicas", en *1ªs. Jornadas Argentino-Norteamericanas sobre contratación pública. Agosto 12/14 de 1987*. Suplemento de "Régimen de la Administración Pública", Editorial Ciencia de la Administración. Buenos Aires, 1988, p. 172; MARTINS, Daniel H., "Llamado, propuestas y evaluación en la Ley Nº 15.903", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*. F.C.U. Montevideo, 1989…, p. 31; FATA, Raquel, Responsabilidad precontractual de la Administración", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación administrativa. Curso de graduados 1988.* F.C.U. Montevideo, 1989, p. 38; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contratoadministrativo*. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2005, pp. 105 y ss.

44 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo*. Universidad Católica del Uruguay/ Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999, vol. II, pp. 188 y ss.

Por cierto que el tema precio es importantísimo porque la Administración, en definitiva, administra dinero de terceros, que pertenece a la población a la cual sirve, por lo que debe tener especial cuidado en el manejo del dinero ajeno que está a su cuidado. El dinero de los contribuyentes merece un respeto mayor que el que a menudo se le da. Pero, con toda la importancia que tiene, el precio no es el único aspecto a tener en cuenta.

El nuevo artículo (actual 68) efectúa un ligero cambio en la redacción. En efecto, ahora se dice: "El ordenador efectuará la adjudicación a la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública y las necesidades del servicio… En los casos en que los pliegos fijen el cumplimiento de requisitos mínimos exigibles referidos, entre otros, a aspectos económicos, financieros o comerciales y los oferentes cumplan con los mismos, se podrá adjudicar en base exclusivamente al factor precio u otro elemento cuantitativo establecido en el mismo."

Considero que la distinta redacción no supone un cambio de solución. No obstante creo que el nuevo texto es positivo, ya que confirma la viabilidad de la hipótesis ahora expresamente contemplada, que en su momento, con el anterior artículo, estimé admisible.[45] Piénsese, por ejemplo, en una licitación a doble sobre en que en el primero se coticen los aspectos técnicos y en el segundo únicamente el precio. En ese caso, puede establecerse que los que pasen el primer sobre quedan en pie de igualdad y el segundo sobre, es decir el precio, decide. Esta hipótesis, está expresamente contemplada en el nuevo texto, pero era perfectamente legítima en el anterior.

Esa determinación de la oferta más conveniente debe efectuarse conforme a la *buena administración* lo que, por su múltiple contenido, suele no ser tarea sencilla.

A estos efectos, debe tenerse siempre presente, lo digo una vez más, que no es lo mismo el interés público que el interés general; hay que priorizar siempre el interés general.

Además, puede haber tensiones entre los distintos contenidos de la buena administración. Así, es posible a menudo encontrarnos ante una tensión entre la eficacia o la eficiencia, por un lado, y la igualdad por otro.

El principio de flexibilidad es un principio general del procedimiento administrativo, recogido expresamente en el artículo 2, literal g) del decreto Nº 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

La *flexibilidad* se opone a la rigidez y al uniformismo. Con este principio se pretende poner el acento en el carácter instrumental del procedimiento, que debe ser herramienta dúctil para el fin propuesto y adecuarse a las características y necesidades de cada caso, sin omitir, claro está los trámites necesarios para la validez de lo actuado.[46]

También está recogido en el literal A) del artículo 149 del TOCAF-2012.

---

45 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos*…, vol. II, p. 188.

46 FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "Principios del procedimiento administrativo", en *VV.AA., El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Montevideo, 1991, 2ª edición, p. 33; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Introducción al procedimiento administrativo uruguayo", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Sobre derecho*…, t. II, p. 204; DELPIAZZO, Carlos E. *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 1999, p. 20.

SAYAGUÉS LASO, en su viejo libro sobre la licitación pública escrito en la década del 40 del siglo pasado, decía que esta se regía por dos principios fundamentales: a) el de igualdad de todos los licitantes ante la Administración; b) el de cumplimiento estricto de los pliegos.[47]

El cumplimiento estricto de los pliegos se requiere para asegurar la igualdad. Lo importante era la igualdad aunque sea a costa de un mal contrato.

Cuando comenzó a ponerse atención en la *buenaadministración* cambió la óptica. La proyección natural de la *buena administración* sobre el contrato administrativo, comienza a recogerse en nuestro derecho positivo sobre todo a partir de la ley Nº 16.170, de 28 de diciembre de 1990, que no solo menciona la *buena administración* en el entonces artículo 33 del TOCAF, numeral 3, a los efectos de elegir el procedimiento para contratar en caso que se exceptúe de la licitación pública sino también en cuanto flexibiliza la exigencia del ajuste de las propuestas al pliego, en la medida en que no se afecte el principio de igualdad.

Ante esta ley, CORREA FREITAS señaló la importancia de la novedad introducida: "A diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia de la ley Nº 15.903 y anteriormente con el decreto Nº 104/968, ahora no se invalida una propuesta u oferta por cualquier requisito o condición no cumplida, sino solamente en aquellos casos en que los requisitos o condiciones sean esenciales, esto es fundamentales, importantes, trascendentes y definitivos para el objeto del llamado a licitación. En el régimen anterior sólo podían admitirse 'defectos de forma o errores evidentes'. En cambio, en el régimen de la ley Nº 16.170, se pueden consentir 'defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia', dando una mayor flexibilidad." [48]

En el mismo sentido, y comentando la misma norma, el Contador SAYAGUÉS expresaba: "la disposición legal impedirá ahora que se desaprovechen ofertas por hechos tan irrelevantes como no haber aportado en el momento la constancia de voto o la constancia de la constitución de la sociedad o del consorcio, pequeños errores en los porcentajes de las garantías, o cualquier otro problema siempre que no se altere la igualdad de los oferentes o sean elementos de la oferta que son imprescindibles en el acto de la apertura, como ser precio, etc." [49]

Cumplimiento de los pliegos, sí, pero no estricto. El principio de igualdad se mantiene pero, en la medida en que no se altere, se admite los apartamientos al pliego indicados.

Por otra parte, el artículo 63 del TOCAF-2012 establece que las ofertas deberán ajustarse razonablemente a la descripción del objeto requerido teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo, y se considerará que las condiciones técnicas establecidas en el pliego de condiciones particulares tienen carácter indicativo para la consecución del objeto del llamado.

El principio de flexibilidad adquiere especial importancia en aras de la *buena administración*.

Este principio rige en toda la etapa del contrato pero, concretamente, en el procedimiento de contratación administrativa, que es lo que ahora nos interesa permite consentir defectos, carencias

47 SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación pública*. Acali Editorial. Montevideo, 1978, p. 41.

48 CORREA FREITAS, Ruben. *La reforma del régimen de compras del Estado*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1991, p. 88.

49 SAYAGUÉS, Alberto. *Reforma del Estado. El nuevo régimen de compras en la ley de contabilidad y administración financiera*. Texto y Contexto Nº 26. F.C.U. Montevideo, 1991, p. 66.

formales, errores evidentes o de escasa importancia, cuando su corrección posterior no altere el tratamiento igualitario de los oferentes. Procura, en aras de la eficacia en su más amplio sentido, que no se desaprovechen ofertas por cuestiones irrelevantes, pero sin desconocer el principio de igualdad.[50]

En tal sentido, en el artículo 65 del TOCAF-2012 se dice:

"La Administración podrá otorgar a los proponentes un plazo máximo de dos días hábiles para salvar los defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia; este plazo podrá ampliarse para el caso de proveedores del exterior y en tal caso se aplicará a todos los oferentes.

El plazo antes mencionado no se otorgará cuando a juicio de la Administración se altere materialmente la igualdad de los oferentes, cuando existan defectos o errores habituales en un oferente determinado, o cuando se presuma la existencia de una maniobra destinada a obtener una ventaja indebida."

Con acierto expresó LEIZA ZUNINO: "el principio de flexibilidad contractual no podrá jamás operar en requisitos esenciales o sustanciales, de todos los procesos competitivos que desarrolle la Administración, pero sí, en requisitos de forma y de procedimiento, siempre y cuando no se enfrente con el principio de igualdad, porque este último, primará como principio, debido a su valor y fuerza supraconstitucional."[51]

Esas tensiones se resuelven mediante una adecuada ponderación y la ley, como se ha visto, nos da una pauta para hacerla.

16. Al evaluarse las ofertas se deberán ponderar, como se ha visto, las pautas previstas en el pliego a tales efectos, conforme a lo establecido en el literal C) del artículo 48 del TOCAF-2012.

En esa ponderación se debe tener en cuenta no solo lo que dicen las ofertas sino, también, como dijimos, se debe evaluar la posibilidad de su cumplimiento, como se dice acertadamente en el literal A) del artículo 65 del TOCAF-2012.

Pongo un ejemplo. Para ciertos contratos se exige un determinado porcentaje de componente nacional. En contratos sobre productos que exigen una alta tecnología y un conocimiento altamente especializado, no es fácil lograr ese porcentaje. Por tanto, no basta atenerse a las manifestaciones en la oferta sino que hay que evaluar la factibilidad de su cumplimiento. De lo contrario, si en definitiva se adjudica un contrato que no se puede cumplir, más allá de las consecuencias penales que puedan producirse se afecta la *buena administración*.

Naturalmente que esa ponderación debe efectuarse con razonabilidad, otro principio expresamente recogido en el literal C) del artículo 149 del TOCAF-2012.

---

50 SAYAGUÉS, Alberto. *Reforma del Estado. El nuevo…* pp. 65 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2003, vol. III, pp. 107 y ss.

51 LEIZA ZUNINO, Pablo., *Contratos de la Administración Pública*.F.C.U. Montevideo, 2012, p. 157.

El principio de *razonabilidad* lo vemos en todo el Derecho.[52] En materia contractual, lo que con este principio se procura es que el objeto del contrato sea adecuado a las necesidades.[53] Por ejemplo, para la construcción de un aeropuerto en una ciudad del interior del Uruguay no podemos pretender un proyecto del tipo que requiere un aeropuerto para la ciudad de Nueva York.

Exigencias o ponderaciones irracionales, no solo son ilegítimas en sí mismas sino, también, contrarias a la *buena administración*.

También este principio de razonabilidad juega a la hora de juzgar el ajuste de las propuestas al pliego,[54] así como en toda la relación contractual.[55]

La razonabilidad, pues, en lo que ahora nos interesa, influye al determinar en el pliego los factores de evaluación de las propuestas, al evaluar como se presentan esos factores en las ofertas y al estimar la factibilidad de su cumplimiento.

17. Ya se ha dicho que el desarrollo sostenible también integra el contenido de la *buena administración*. Procede, entonces, ver cómo incide en nuestro tema.

La ley Nº 18.786, de 19 de julio de 2011, destinada a fijar el marco regulatorio de los contratos de participación público privada (P.P.P.), destina el artículo 4 a los principios y orientaciones generales relativos a estos contratos.

En el literal J) de este artículo 4 se establece:

"J) Protección del desarrollo sustentable: Los proyectos ejecutados a través de mecanismos de Participación Público-Privada deberán propender al desarrollo sustentable de la sociedad y de la economía, adoptando medidas de protección al medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras."

Aquí la ley emplea la expresión *desarrollo sustentable*; otras leyes emplean la expresión *desarrollo sostenible*. A mi juicio, por lo menos en el ámbito de la legislación sobre PPP, estos términos deben tomarse como sinónimos.[56]

La preocupación por el desarrollo sustentable no es exclusiva de los contratos de P.P.P. La protección del medio ambiente es de interés general, por lo que toda persona debe abstenerse de realizar cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación grave al medio ambiente, tal como se expresa en el artículo 47 de la Constitución.

Pero, por las características de los contratos de P.P.P., este principio adquiere en ellos especial relevancia.

---

52 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004, vol. I, pp. 363 y ss.

53 CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato…*, p. 74.

54 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Sobre contratacióónde la Administración", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Sobre derecho*…, t. II…, p. 319.

55 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principios de la contratación 2, loc. cit., pp. 61 y ss.

56 VERGARA GALLO, María Victoria, "Principios aplicables. Segunda parte", en *DELPIAZZO, Carlos E., (Coordinador). Comentarios a la ley de participación público privada.* Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2012, p. 127.

La referencia que la ley hace aquí a las "medidas de protección al medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras" es signo inequívoco de la recepción del informe BRUNDTLAND.

Según la Comisión BRUNDTLAND, "el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades."[57]

"El principio de desarrollo sostenible hoy se ha convertido en un verdadero principio general del derecho, aplicable e invocable", ha dicho con acierto PIÑAR MAÑAS.[58] Es más, recordó que "incluso se ha llegado a decir que en el desarrollo sostenible adquieren la condición de sujetos de derechos las generaciones futuras. El bien jurídico protegido no es nuestra salud futura, sino la de nuestros hijos y, lo que es más importante e innovador, la de quienes todavía no han nacido."[59]

Como bien ha expresado VERGARA GALLO, "el desarrollo sostenible va más allá de la mera armonización de la economía y la ecología, incluye valores morales relacionados con la solidaridad. Requiere entender que la inacción traerá consecuencias, que se deben cambiar las estructuras institucionales y fomentar las conductas individuales en relación a los objetivos anteriormente descritos. A la hora de proyectar una PPP estos valores deben ser puestos sobre la mesa y su consideración por parte de los oferentes, debe ser evaluado por parte de la Administración como elemento fundamental para la elección de la oferta más conveniente."[60]

Por lo dicho, el principio de desarrollo sostenible no se aplica solo en el marco de los contratos de PPP. El literal J) del artículo 4 de la ley Nº 18.786, efectúa una especificación del principio pero, precisamente como principio, se aplica a toda la actividad del Estado y, por cierto, en los contratos administrativos en general.

En los contratos de P.P.P., en la fase preparatoria del procedimiento tiene lugar lo que el artículo 16 de la ley Nº 18.786 llama *evaluación previa*, donde se evalúa la viabilidad y la conveniencia del proyecto.

Allí se elabora un Documento de Evaluación donde, entre otras cosas, se evalúa el impacto ambiental, económico y social del proyecto.[61]

En esta oportunidad, el principio de desarrollo sustentable enunciado en el literal J) del artículo 4º de la ley Nº 18.786 juega un papel primordial. En efecto, un proyecto que no se ajusta a este principio no puede prosperar y el procedimiento debe terminar aquí, no pasa de la etapa preparatoria.

---

57 PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El desarrollo sostenible como principio jurídico", en *COSCULLUELA MONTANER, Luis. (Coordinador), Estudios de Derecho Público Económico*. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO. Endesa. Ibercaja. Civitas. Madrid, 2003, p. 186.

58 PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El desarrollo sostenible", loc. cit., p. 191.

59 PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El desarrollo sostenible", loc. cit., p. 190; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 45 y ss.

60 VERGARA GALLO, María Victoria, "Principios…", en *DELPIAZZO, Carlos E., (Coordinador). Comentarios a la ley*…, p. 127.

61 RUOCCO, Graciela, "Procedimiento de contratación de participación público-privada iniciado de oficio", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2012, Nº 6, p. 149.

Con relación a los contratos administrativos en general, el TOCAF-2012 tiene presente el desarrollo sostenible en dos artículos, el 61[62] y el 152.[63]

Por el artículo 61, la ley encomienda al Poder Ejecutivo establecer márgenes de preferencia, entre otros, a quienes cumplan con normas medio ambientales. Por el artículo 152, se comete al Poder Ejecutivo establecer por vía reglamentaria los aspectos de sustentabilidad ambiental que deberán observarse en las contrataciones administrativas.

En los contratos administrativos en general el problema, pues, se plantea de diversa manera que en los contratos de P.P.P.

Con relación al margen de preferencia previsto en el artículo 61 del TOCAF, no cabe duda de que si no está fijado por reglamento, como dice el artículo, no se puede aplicar.

Pero ¿qué ocurre ante la ausencia del reglamento referido en el artículo 152? Dicho de otro modo, ¿es posible tener en cuenta el desarrollo sustentable o sostenible como criterio de valoración de las ofertas en ausencia de esos reglamentos o en silencio de los pliegos?

La pregunta es especialmente procedente porque el artículo 48 del TOCAF-2012, al referirse al contenido mínimo del pliego de bases y condiciones particulares, entre otros, en el literal C) establece: "el o los principales factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas, así como la ponderación de cada uno a efectos de determinar la calificación asignada a cada oferta, en su caso."

En estos casos, me parece que si el desarrollo sostenible es un principio que integra el bloque de constitucionalidad se aplica directamente y se proyecta en el procedimiento administrativo de contratación. Por tanto, una oferta que viole ese principio debe descartarse como inadmisible por ser contraria a la regla de derecho.

Ahora bien, ¿qué ocurre si hay una oferta neutra, en el sentido de que no afecta ni favorece el desarrollo sostenible y otra que lo favorece? A mi juicio, en ausencia de la reglamentación prevista y en ausencia de márgenes de preferencia fijados, la oferta neutra no podrá se descalificada, y la oferta que favorece el desarrollo sostenible, si bien no puede favorecerse con un determinado margen de preferencia, ese aspecto podrá ser tenido en cuenta como un elemento más en su favor a la hora de valorar las propuestas, por aplicación directa del principio del desarrollo sostenible. Pero en esto hay que ser muy cuidadosos, a fin de no afectar el principio de igualdad.[64]

Aunque el texto del artículo 152 del TOCAF-2012 alude expresamente a la dimensión ambiental del desarrollo sostenible, entiendo que ello no impide, por su condición de principio, aplicarlo en

---

62 "Art. 61º.- El Poder Ejecutivo reglamentará el otorgamiento, en las contrataciones y adquisiciones realizadas por los organismos mencionados en el artículo 2º del presente Texto Ordenado, y los organismos paraestatales, de márgenes de preferencia en el precio de los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por productores o proveedores de cualquier nacionalidad, siempre que cumplan con normas o certificaciones de calidad, de seguridad, medio ambientales, o de cualquier otro tipo, que se entiendan necesarios y adecuados para estimular la presentación de mejores ofertas".

63 "Art. 152º.- El Poder Ejecutivo establecerá por vía reglamentaria las políticas, bases y lineamientos de los aspectos de sustentabilidad ambiental que deberán observarse en las contrataciones de bienes, obras y servicios con el objeto de optimizar y utilizar de forma sustentable los recursos para disminuir costos ambientales".

64 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Desarrollo sostenible y , loc. cit., p. 205.

todas sus dimensiones, es decir, la social y la económica, incorporadas en las Cumbre Social de Copenhage de 1995, y la jurídica y ética, ya señaladas.[65]

IV. APRECIACIONES FINALES

1. SAYAGUÉS LASO, al estudiar la licitación pública, decía que su finalidad era la determinación de la persona que ofrece a la Administración las condiciones más ventajosas. Y, para lograr esa finalidad, el procedimiento se inspira en dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones.[66]

2. Era la época en que primaba en el derecho administrativo la visión autoritaria derivada de la Revolución Francesa.

La licitación pública era el procedimiento de contratación más importante, y para los contratos más importantes, pero era un procedimiento de excepción: el principio era la contratación directa.

Además, cuando se aplicaba la licitación pública, si bien se procuraba la consecución del contrato más conveniente para la Administración, como se entendía que este era el que más se adecuaba al interés público y este se confundía con el interés general, y se entendía que este lo determinaba la Administración, era frecuente que se celebraran contratos ventajosos para el ente contratante pero no para el interés general.

Tampoco se hablaba de la utilidad de los contratos para la ejecución de políticas públicas y, mucho menos, del desarrollo sostenible, por lo que la celebración de contratos contrarios a la *buena administración* se incrementaba.

Por eso, desde el ámbito estrictamente jurídico, para evitar esos desvíos se ponía el acento en el principio de igualdad y, para ello, en el cumplimiento estricto de los pliegos. Para combatir la arbitrariedad de la Administración se ponía el énfasis en las garantías. Era en el apogeo de los procedimientos de la primera generación.[67]

Con este criterio se salvaguardaba la igualdad, pero también se posibilitaban contratos contrarios a la *buena administración*. En efecto, se rechazaban ofertas por mínimos apartamientos al pliego y se celebraban contratos inconvenientes.

3. La nueva visión del derecho basada en la centralidad de la persona humana muestra con claridad el sentido misional de la actividad administrativa, lo que provoca una especial atención sobre la *buena administración*.

Esta, con su contenido plural y multidimensional, lleva a que se seleccione al cocontratante que:

---

65 FREITAS, Juarez, "Desafíos jurídicos do desenvolvimento sustentable: novos desafíos do gestor público", Conferencia inédita pronunciada el 23 de mayo de 2013, en Foz do Iguaçu-Paraná- Brasil, en el marco del *III Congreso Internacional de Direito e Sustentabilidades. Direito Público e gestão sustentável*.

66 SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación*…, p. 42.

67 BARNES, Javier, "Una reflexión sobre los principios generales del Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2012, Nº 5, pp. 15 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Procedimiento administrativo: concepto, regulación y tipos", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, Nº 10, pp. 22 y ss.

a) garantice el mejor contrato para la Administración, no solo en lo que refiere a la oferta inicial, sino también en lo relativo a la posibilidad de su cumplimiento;

b) ofrezca el mejor contrato, no solo para el ente contratante sino también el que mejor se adecue al interés general, incluyendo, por cierto, el desarrollo sostenible.

Y todo ello a través de un procedimiento administrativo transparente, equitativo, de una duración razonable y con pleno respeto al principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *La política*. Editorial Tor Srl. Buenos Aires, 1965.

BARNES, Javier, "Una reflexión sobre los principios generales del Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 5. LA LEY Uruguay, 2012.

BEZZI, Osvaldo, "Formación del precio en el contrato de obras públicas", en *1ªs. Jornadas Argentino-Norteamericanas sobre contratación pública. Agosto 12/14 de 1987*. Suplemento de "Régimen de la Administración Pública", Editorial Ciencia de la Administración. Buenos Aires, 1988.

BRITO, Mariano R., "De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 3-4 Montevideo, julio-diciembre 1975, año XXIII.

BRITO, Mariano R., "La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad", en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*, t. II. Universidad de la República. Montevideo, 1980.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya", en *VV.AA. Estudios de Derecho Administrativo*, t. II. Universidad de la República. Montevideo, 1980.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y la eficiencia de la administración", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Sobre derecho administrativo*, t. II. Tercera edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2012.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Introducción al procedimiento administrativo uruguayo", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Sobre derecho administrativo*, t. II. Tercera edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2012.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Sobre contratación de la Administración", en *CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Sobre derecho administrativo*, t. II. Tercera edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2005.

CORREA FREITAS, Ruben. *La reforma del régimen de compras del Estado*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1991.

DE AQUINO, Tomás. *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, en *DE AQUINO, Tomás. Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Editorial Porrúa S.A. México, 1975.

DELPIAZZO, Carlos E. *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 1999.

DELPIAZZO, Carlos E., "Privacidad y transparencia pública", en *RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel/ PÉREZ HUALDE, Alejandro/ VÁZQUEZ VIERA, Emilio/ FARRANDO, Ismael (Coordinadores) Derecho Administrativo Iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina*. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2011.

DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, vol. 1. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Impugnación de reglamento", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La licitación pública", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de derecho administrativo*, vol. II. Universidad Católica del Uruguay/Ingranusi Ltda., Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Tribunal de Cuentas. Comunicación de sus observaciones a la Asamblea General", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Casos de Derecho Administrativo*, vol. III. Montevideo, 2003.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo*, vol. III. Montevideo, 2003.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*, vol. I. Montevideo, 2004.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Casos de Derecho Administrativo*, vol. IV. Montevideo, 2005.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principios de eficacia y Estado Subsidiario", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estudios de Derecho Público* vol. II. Montevideo, 2008.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Eficacia y eficiencia: ¿mérito o legalidad?", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "En torno al neoconstitucionalismo", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La buena administración", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Corrupción y función pública", en *BACELLAR FILHO, Romeu Felipe / WUNDER HACHEM, Daniel (Coordinadores) Direito Público no MERCOSUL. Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar/Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principios de la contratación administrativa", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 8. LA LEY Uruguay, 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Licitación pública", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 8. LA LEY Uruguay, 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Reflexiones sobre la definición de derecho administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 7. LA LEY Uruguay, 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto., "Desarrollo sostenible y derecho administrativo", en *Interesse Público. Revista Bimestral de Direito Público*, Nº 80. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El contrato administrativo en Uruguay", en *Estudios Jurídicos*, Nº 12. Facultad de Derecho-Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2014.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Procedimiento administrativo: concepto, regulación y tipos", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 10. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 11. LA LEY Uruguay, 2015.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015.

Estudios de Derecho Administrativo, Nº 11. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2015.

FATA, Raquel, Responsabilidad precontractual de la Administración", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación administrativa Curso de graduados 1988.* F.C.U. Montevideo, 1989.

FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980.

FREITAS Juarez, *O controle dos atos administrativos e os principios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.

FREITAS, Juarez, "Desafíos jurídicos do desenvolvimento sustentable: novos desafíos do gestor público", Conferencia inédita pronunciada el 23 de mayo de 2013, en Foz do Iguaçu-Paraná-Brasil, en el marco del *III Congreso Internacional de Direito e Sustentabilidades. Direito Público e gestão sustentável*.

FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "La discrecionalidad administrativa", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 1. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 1982, año XXVI.

FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, "Principios del procedimiento administrativo", en *VV.AA., El nuevo procedimiento administrativo*, 2ª edición. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Montevideo, 1991.

GIORGI, Héctor, "El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya", en *GIORGI, Héctor. Escritos jurídicos*. F.C.U. Montevideo, 1976.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3ª edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1998.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Societé du Recueil Sirey. Paris, 1921.

JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos, "Transformaçoes do Direito Administrativo e seus impactos na eficiência e nos contratos de Administração", en *JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos. Direito Administraitvo em Debate.* 2ª Série. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2007.

LEIZA ZUNINO, Pablo., *Contratos de la Administración Pública*.F.C.U. Montevideo, 2012.

MARTINS, Daniel H., "Llamado, propuestas y evaluación en la Ley Nº 15.903", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*. F.C.U. Montevideo, 1989.

PERNAS GARCÍA, José. "Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública en la Unión Europea y España", en *Revista Brasileira de Infraestructura*, Nº 3. RBINF. Belo Horizonte, jan/jun, 2013, ano 2.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El desarrollo sostenible como principio jurídico", en *COSCULLUELA MONTANER, Luis. (Coordinador), Estudios de Derecho Público Económico*. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO. Endesa. Ibercaja. Civitas. Madrid, 2003.

REAL, Alberto R., "La codificación del derecho administrativo general en Alemania Federal (Derecho de defensa y participación democrática de los administrados)", en *VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. Universidad de la República. Montevideo, 1978.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo", en *ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María /GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coordinadores) El Derecho a una buena administración y la ética pública*. Tirant lo blanch. Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XV. F.C.U. Montevideo, 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el derecho administrativo especial", en *VV.AA. Los principios en el derecho administrativo*

iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Juntas de Castilla y León. CECLAP, FIDA. La Coruña, 2008.

RUOCCO, Graciela, "La buena administración y el interés general", en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto/ HANNA de ROSA, Marta (Coordinadores). Ética. Estado de Derecho. Buena Administración*. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2013.

RUOCCO, Graciela, "Procedimiento de contratación de participación público-privada iniciado de oficio", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 6. LA LEY Uruguay, 2012.

SANZ LARRUGA, Francisco J., "El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la buena administración", en *ARANCIBIA MATTAR, Jaime y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, (Coordinadores). La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Universidad de Los Andes. Legal Publishing Abeledo-Perrot. Santiago de Chile, 2009.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *La licitación pública*. Acali Editorial. Montevideo, 1978.

SAYAGUÉS, Alberto. *Reforma del Estado. El nuevo régimen de compras en la ley de contabilidad y administración financiera*. Texto y Contexto Nº 26. F.C.U. Montevideo, 1991.

VERGARA GALLO, María Victoria, "Principios aplicables. Segunda parte", en *DELPIAZZO, Carlos E., (Coordinador). Comentarios a la ley de participación público privada.* Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2012

ESQUEMA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Francisco Eduardo Velázquez Tolsá
Doctor
Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

En México, los ejes principales de la contratación pública son: el gasto, el destino y la aplicación oportuna de los recursos económicos de las entidades públicas.

Los recursos deben ser administrados de forma eficiente y transparente, evitando irregularidades o actos de corrupción, entre los servidores públicos y los terceros.

El Gobierno Federal a través de la Secretaría de la Función Pública (SFP), órgano competente y regulador de la política general de las contrataciones públicas (LOAPF, art. 37, fracción XXI), a través de unidades administrativas[1] y procedimientos, busca consolidar un régimen de contratación pública, donde los recursos económicos se eroguen efectivamente y satisfagan los objetivos para los que fueron destinados.

La política general de las contrataciones públicas, exige desarrollar tres aspectos fundamentales: a) la planeación correcta de las contrataciones públicas; b) el fomento de la competencia en los procedimientos, a través de la concurrencia; y c) la capacitación de alto nivel a los servidores públicos relacionados con las contrataciones públicas;[2] los aspectos señalados se desprenden del nuevo modelo de gobernanza, implementado por el gobierno federal, en las reformas constitucionales recientes.

---

1 Las Unidades Administrativas de las que la Secretaría de la Función Pública se ayuda para ejecutar la Política General de las Contrataciones Públicas son: la Unidad de Política de Contrataciones Públicas, la Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas, la Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, la Unidad de Control y Auditoría a Obra Pública, así como, la Unidad Especializada en Ética y Prevención de Conflictos de Interés todas ellas dependientes de la citada Secretaría.

2 La SFP establece que la Política General de Contrataciones Públicas, de acuerdo al artículo 37 fracción XXI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, entre otras atribuciones compete a la Secretaría de la Función PúblicaEstablecer y conducir la política general de las contrataciones públicas, la cual consiste en tres etapas: 1. La correcta planeación de las contrataciones públicas, en la cual la planeación es considerada una herramienta fundamental para garantizar el éxito ya que permite identificar las necesidades, sus satisfactores y su estrategia, 2. Fomento a la competencia en los procedimientos mediante puesta en concurrencia, en la que se considera que es necesario la creación de condiciones que favorezcan la mayor participación de interesados en la licitación y 3.Capacitación de alto nivel a los servidores públicos relacionados con las contrataciones públicasde las áreas requirentes y contratantes, en los tópicos que son propios a las labores de las mismas, [en línea]http://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/politica-general-de-contrataciones-publicas.

Mediante este esquema nuevo de contratación pública, se busca obtener las mejores condiciones para que el Gobierno se allegue de productos y servicios, considerando factores importantes, como son: el precio, el costo de producción, la calidad, los medios de financiamiento y los esquemas de oportunidades, todo ello, para garantizar que los bienes y servicios que se buscan adquirir, cumplan de forma general con los principios y objetivos a los que estos procedimientos están sujetos.

Se busca que los procedimientos de contratación se desarrollen bajo circunstancias que propicien las condiciones para que las adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra, que realizan los órganos públicos con terceros, sean adquiridos de manera íntegra, participativa, transparente, de buena fe y con apego a un régimen jurídico que garantice un modelo de negocio favorable al gasto público.

El marco normativo de la contratación pública en México, se rige por principios constitucionales, reflejados en un marco jurídico específico regulador. La Política Anticorrupción, está encaminada a que la contratación pública no sea un conducto de la corrupción, sino por el contrario, su objeto es desarticular las redes de corrupción que existen dentro de la administración pública, estableciendo mecanismos de vigilancia para los servidores públicos, encargados de esta función.

Los procesos de contratación pública, se basan en el principio de imparcialidad y la función de los servidores públicos está sujeta a un régimen de responsabilidad penal y administrativa, establecido en la Constitución Federal y la normatividad secundaria, a través de mecanismos de vigilancia, control, prevención y corrección.

Las preguntas hasta aquí serán: ¿Cuáles son aquellos métodos de los que dispone el gobierno federal en México, para llevar a cabo la selección de contratistas y proveedores para allegarse de productos y servicios que, satisfagan sus necesidades? Y ¿cómo se garantiza la imparcialidad en su selección, principios que establece la Constitución General, para ejecutar la política de la contratación pública?

Para dar respuesta a los planteamientos anteriores, el presente trabajo tiene como fin realizar un análisis jurídico del régimen de la contratación pública en México, a efecto de identificar algunas áreas de oportunidad susceptibles de mejora y desarrollo.

Entre los ordenamientos legales analizados destacan la Constitución General, Leyes reglamentarias, Leyes orgánicas, Reglamentos, así como, diversos Acuerdos emitidos por el gobierno federal con motivo de la reciente reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, de la que se desprendieron diversas modificaciones al régimen jurídico de la contratación pública.

Los grandes desvíos de los recursos públicos se han realizado tomando como rehén a la contratación pública.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El régimen jurídico de la contratación pública se encuentra regulado por el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que dispone que las adquisiciones, arrendamientos, enajenación de bienes, prestación de servicios o contratación de obra pública, se debe realizar mediante procedimientos de adjudicación a través de licitaciones, basadas en con-

vocatorias públicas en las que se aseguren las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidades para la adquisición de bienes y servicios.

Lo anterior, para que los recursos económicos de los que disponen los órganos públicos, la federación, las entidades federativas, los municipios, así como, las delegaciones políticas (alcaldías actualmente) sean administrados de forma imparcial y transparente y cumplir con los objetivos para los que fueron destinados.

La aplicación de recursos y los resultados, estarán sujetos a los procedimientos de evaluación de las instancias técnicas, tanto de la federación como de las entidades federativas, con el objeto de que los recursos económicos sean asignados en la forma y los términos establecidos en las partidas presupuestales asignadas para esos fines.

Estos procesos de licitación son reglados a través de un esquema normativo, encargado de establecer las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos que aseguren las mejores condiciones para el Estado en los procesos de contratación pública, y así garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez (CPEUM, art. 134).

La contratación pública se regula principalmente por dos ordenamientos jurídicos, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), que regula la contratación pública en materia de adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realice la administración pública federal, centralizada y paraestatal, organismos descentralizados, estados y municipios, así como, sus entes públicos que manejen recursos federales (LAASSP, art. 1).

Y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPSRM) que, reglamenta el artículo 134 CPEUM, además de regular las contrataciones de obra pública y los servicios relacionados con éstas (LOPSRM, art. 1).

El proceso de contratación pública se encuentra regulado además por un amplio esquema normativo compuesto por: tratados, leyes, reglamentos, decretos, circulares, reglas, acuerdos, criterios normativos, disposiciones, misceláneas fiscales, lineamientos, guías, programas, artículos, instructivos,[3] todos ellos, con el fin de que los procesos de contratación se encuentren regulados debidamente y los servidores públicos de cualquier nivel de gobierno, apliquen correcta e imparcialmente, los recursos públicos que se encuentran bajo su responsabilidad, evitando actos de corrupción.

III. SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

Las citadas leyes reglamentarias, prevén tres tipos de procedimientos de contratación pública: a) la licitación pública; b) la invitación de cuando menos a tres personas; y c) la adjudicación

3 *Nota del autor:* El marco regulador de la contratación pública puede ser consultado en el siguiente enlace electrónico, el cual es difundido y actualizado por la Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal en México, mismo que se encuentra actualizado en el mes de marzo de la presente anualidad, mismo que fue consultado por última vez en la misma fecha: *http://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/normatividad-en-materia-de-contrataciones-publicas.*

directa (LAASSP, art. 26) y (LOPSRM, art. 27), en los que, por regla general, los contratos serán adjudicados mediante convocatoria pública, la que podrá ser consultada en los medios impresos tradicionales, llámese el Diario Oficial de la Federación (DOF), así como, a través de medios electrónicos, esto es, mediante una herramienta digital denominada *Compranet*, en la que se difunde la convocatoria y el procedimiento respectivo (LAASSP, art. 30) y (LOPSRM, art. 32).

Por lo que, hace a los medios impresos, éstos contendrán de forma resumida un extracto de la convocatoria al procedimiento de licitación señalando sus elementos, el objeto, el volumen, el número de licitación y las fechas previstas para su desarrollo, con el fin de que se conozca de forma general el procedimiento a seguir.

En el caso de la herramienta electrónica, *Compranet,* funciona comoun sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como, de obras públicas y servicios relacionados con éstas (LAASSP, art. 2 fracción II) y (LOPSRM, art. 2 fracción II), sin embargo, conviene explicar esta herramienta, para conocer sus características y su utilidad en los procedimientos de contratación pública.

Las leyes reglamentarias del art. 134 CPEUM, han denominado a esta herramienta como *Compranet,* la cual consiste en un sistema electrónico a cargo específicamente de la SFP del gobierno federal, quien a través de la Unidad de Política de Contrataciones Públicas (RISFP, art. 38), establecen controles para garantizar la inalterabilidad y conservación de la información del sistema (LAASSP, art. 2 fracción II) y (LOPSRM, art. 2 fracción II).

Compranet es una herramienta transaccional que permite llevar a cabo procedimientos de contratación de manera electrónica, siempre y cuando los montos sean superiores a la cantidad equivalente a trescientas veces la Unidad de Medida y Actualización vigente para la Ciudad de México.

Este sistema electrónico se encuentra estructurado, de forma técnica, con diversos aditamentos informáticos que permiten principalmente la concentración, conservación e integración de la información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, obras públicas y servicios relacionados con las mismas.[4]

Esta plataforma se integra con: los programas anuales de las dependencias y entidades gubernamentales; el registro único de proveedores; el padrón de testigos sociales; el registro de proveedores sancionados; las convocatorias de las licitaciones públicas y sus modificaciones; las invitaciones a cuando menos tres personas; las actas de las juntas de aclaraciones, del acto de presentación y apertura de proposiciones y de fallo; los testimonios de los testigos sociales; los datos de los contratos y los convenios modificatorios; las adjudicaciones directas; las resoluciones de la instancia de inconformidad que hayan causado estado, y las notificaciones y avisos correspondientes originados con motivo de los procedimientos de contratación pública.[5]

---

4 Numeral 6 del Acuerdo por el que se establecen las disposiciones que se deberán observar para la utilización del Sistema Electrónico de Información Pública Gubernamental denominado CompraNet.

5 Guía del Licitante, Conocimiento y utilización del Sistema Comprante, publicado por la Secretaria de la Función Pública [Internet] pag. 5, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92557/CDG_GUIA_LICITANTES_.pdf

El funcionamiento de este medio electrónico, se realiza por medio del registro en línea de los proveedores y contratistas, para obtener los datos de acceso al Registro Único de Proveedores y Contratistas (RUCP) de la SFP y, comenzar a postularse de acuerdo al ramo o sector al que pertenezcan las convocatorias públicas del gobierno federal.

El RUCP, tiene como objeto, consolidar el registro de los proveedores y contratistas, prestadores de bienes y servicios del gobierno federal, con la finalidad de que sus dependencias y entidades cuenten con la información de las personas y empresas que han contratado con el gobierno, lo que facilita la identificación de la experiencia, la capacidad financiera y confiabilidad de los proveedores y contratistas (RLAASSP, art. 105) y (RLOPSRM, art. 43), lo que permite que la selección sea transparente y confiable en los procesos de contratación pública.

Una vez que los proveedores y contratistas cuentan con la habilitación de la cuenta y el registro correspondiente, se encuentran en posibilidad de participar en los procedimientos publicados, por lo que, deberán mostrar interés en algún procedimiento en particular y ajustarse a la convocatoria pública de contratación en el sector que requiera de los servicios o productos a contratar.

El modo de participar en una contratación pública puede ser de tres tipos, electrónica, mixta o presencial; en la primera todo el procedimiento se realiza de forma electrónica a través del sistema electrónico denominado, *Compranet*; en la segunda el proveedor o contratista tiene la posibilidad de presentar su propuesta técnica, legal y económica por vía electrónica o personalmente; mientras que en el último caso, el participante podrá presentar en sobre cerrado su propuesta de forma previa y de acuerdo a los términos de la convocatoria respectiva (LAASSP, art. 26 Bis).

Estos términos se realizan de forma común para los tres procedimientos de contratación pública (LAASSP, art. 26 Bis) y (LOPSRM, art. 27), los cuales toman una forma única y especial cuando el licitante decide en qué tipo de procedimiento desea participar, ya que, en esta etapa, el concursante se ajusta directamente a la convocatoria y al procedimiento que correspondiente.

Por regla general, el contrato será adjudicado, mediante la convocatoria pública a través de un concurso en el que los proveedores y contratistas, en igualdad de condiciones y libremente, presenten sus propuestas con carácter de solventes, en sobre cerrado, mismo que será abierto públicamente en un acto de presentación y apertura de proposiciones, en el que evaluarán y emitirán un fallo, debidamente fundado y motivado, en el que se decidirá a qué participante le será adjudicado el contrato correspondiente (LAASSP, art. 28 a 39) y (LOPSRM, art. 30 a 40).

IV. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como excepción a lo anterior, los órganos públicos podrán optar por los otros dos procedimientos, para celebrar contratos públicos con terceros, prescindiendo de la licitación pública y acogiéndose a los procedimientos de invitación a cuando menos a tres personas o de adjudicación directa (LAASSP, art. 40) y (LOPSRM, art. 41), en estos casos se pone bajo la estricta responsabilidad de los servidores públicos la adjudicación de los contratos públicos respectivos.

El principio de imparcialidad es de mayor importancia en los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, respecto de la actuación del órgano público, porque se prescinde del concurso abierto, pues hasta aquí, únicamente la decisión fundada y motivada, del órgano público que dirige el procedimiento de contratación, es quien tendrá la obligación de justificar la decisión y llevar a cabo la contratación pública, bajo un esquema de selección de candidatos participantes, especial y distinto al concurso abierto, con capacidad de respuesta inmediata, recursos económicos, técnicos y financieros necesarios para hacer frente al concurso respectivo (LAASSP, art. 40 segundo párrafo) y (LOPSRM, art. 41 segundo párrafo).

Con relación, al procedimiento de invitación a cuando menos a tres personas, la invitación será difundida mediante el sistema electrónico de *Compranet,* dicha elección será convenida en términos de las propuestas que se presenten (LAASSP, art. 43) y (LOPSRM, art. 44), mismas que deberán atender las características, complejidad y magnitud de los trabajos requeridos, por lo que, aquel participante que compruebe las mejores condiciones para el Estado en su proceso de contratación, será a quien le sea adjudicado el contrato respectivo, considerando que dicha asignación será efectuada por los servidores públicos en términos imparciales y considerando las características institucionales y organizacionales del licitante.

En el caso de la adjudicación directa, este procedimiento se realiza sin poner en concurrencia y sin que exista competencia a un proveedor o contratista, al cual le será adjudicado el contrato público, y quien será preseleccionado para tales efectos por la dependencia o entidad, derivado de las características institucionales y comerciales que presenta (LAASSP, art. 43 fracción III) y (LOPSRM, art. 44 fracción III). Posteriormente, la contratación, las garantías y la ejecución de los trabajos serán realizadas en los términos que fueron previstos en el contrato resultante de dicho procedimiento público.

Sin embargo, en los casos en que por causas diversas la relación entre el contratista o proveedor con el Gobierno Federal sea incumplida, por causas imputables a éstos, se podrán hacer efectivas las penas convencionales y las sanciones correspondientes, como la inhabilitación temporal para presentar propuestas o celebrar contratos con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal (LAASSP, art. 59 a 61) y (LOPSRM, art. 77 a 79), lo cual además, tendrá como efecto que los sancionados sean contenidos en el Directorio de Licitantes, Proveedores y Contratistas Sancionados del Gobierno Federal.

Este Directorio es un instrumento de consulta que facilita la información de las personas físicas o morales sancionadas por los Órganos Internos de Control de las dependencias y entidades públicas del Gobierno Federal (RISFP, art. 62 fracción XI bis, 66 fracción VIII y 80 numeral 6 bis), y su permanencia es temporal derivado de la periodicidad sujeta al plazo de inhabilitación de cada caso en concreto.

Hasta aquí hemos explicado un tanto del funcionamiento de los procedimientos de contratación pública, de los métodos por los cuales son seleccionados los contratistas o licitantes, del Registro Único de Proveedores y Contratistas y el Directorio de Licitantes, Proveedores y Contratistas Sancionados, lo cual responde la primera pregunta en que se basa el presente comunicado.

V. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sin embargo, para responder a la segunda pregunta, consideramos necesario resaltar que aun cuando el marco normativo de este régimen de contratación sea amplio y de gran alcance, los procesos de adjudicación aún continúan generando círculos irregulares que, a falta de probidad e imparcialidad, se genera un esquema de incumplimiento en los contratos públicos asignados, lo cual deriva de ciertas omisiones en estos procedimientos, así como, la inobservancia a la regulación de este régimen.

Lo anterior, se identifica derivado del número de Licitantes, Proveedores y Contratistas sancionados contenidos en el directorio de los sujetos licitantes sancionados, lo cual evidentemente nos hace inferir que en alguna etapa del concurso no se cumplió debidamente con los términos de las convocatorias respectivas, o no fue realizado un análisis profundo de las condiciones en que se presentaron los candidatos a concursar, o bien, se dejaron de observar los criterios objetivos que exigen estos mecanismos de selección ya que los contratistas designados a corto, mediano o largo plazo, terminan incumpliendo dichas obligaciones y por lo tanto, son sancionados y relacionados a ese directorio.

Lo anterior, se relaciona con los posibles actos de corrupción que pudieran generarse dentro de los procedimientos de esta naturaleza, lo cual podría suscitarse por la asignación irregular de los contratos públicos como resultado de un intercambio de beneficios privados o condiciones ventajosas entre los funcionarios públicos y las empresas licitantes, lo cual evidentemente contraviene el carácter imparcial de estos procedimientos

En ese sentido, hacemos referencia a las responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos por cumplimiento a las bases constitucionales de la contratación pública en México, la cual se deja en términos del Título Cuarto de la Constitución Federal, así como, de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, ya que éstos se encuentran obligados a realizar la aplicación, en términos imparciales, de los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de los concursos derivados de la contratación pública.

Asimismo, existe un Clasificador Único de las Contrataciones Públicas (CUCOP) por el cual se trata de identificar la transparencia en materia de contratación pública de bienes, productos y servicios con el Gobierno, a fin de que se favorezcan las operaciones comerciales y financieras que realiza la Administración Pública Federal con los licitantes.[6]

La SFP cuenta con un marco de actuación para los servidores públicos con funciones relacionadas a las contrataciones públicas, el cual consta de una serie de medidas ejecutivas para prevenir la corrupción y posibles conflictos de interés en las contrataciones públicas[7] que, constan de un Registro de servidores públicos que intervienen en las contrataciones públicas; un Protocolo de actuación de los servidores públicos en esta materia, un Manifiesto que podrán formular los par-

6 Numeral 28 del Acuerdo por el que se establecen las disposiciones que se deberán observar para la utilización del Sistema Electrónico de Información Pública Gubernamental denominado CompraNet.

7 Medidas para prevenir la corrupción y evitar el conflicto de interés en las contrataciones públicas, visibles en el siguiente enlace electrónico: http://reniresp.funcionpublica.gob.mx/ppcapf/consulta/informacion.jsf

ticulares en estos procedimientos para el otorgamiento y prórroga de licencias, permisos, autorizaciones y concesiones, así como, la Guía para prevenir, detectar y gestionar conflictos de interés en materia de contrataciones públicas.

Igualmente, se cuenta con el Sistema Nacional Anticorrupción, derivado de la reforma constitucional en el año 2015, que tiene como ejes principales, coordinar la actuación de las autoridades de distintos niveles de gobierno, a fin de prevenir, investigar y sancionar hechos de corrupción en la Administración Pública Federal, el cual también alcanza al régimen de contratación pública en México, derivado de que éste se presenta como un mejor escenario para generar redes de corrupción entre los particulares y los servidores públicos, debido a la relación que guardan con la aplicación de los recursos económicos federales y su erogación, así como, el nivel de determinación con el que cuentan.

VI. CONCLUSIONES

Del análisis hecho al esquema de contratación pública en México, consideramos que este régimen de vigilancia, supervisión, prevención y control en materia de contratación pública debe ser enriquecido con otros medios que permitan erradicar las condiciones de irregularidad en que se pudieran desarrollar los procedimientos de contratación pública en nuestro país.

Lo anterior, se desprende del número de licitantes sancionados por el Gobierno Federal, por incurrir en algún incumplimiento respecto del contrato público adjudicado, los cuales hasta ahora ascienden por lo menos mil doscientos,[8] lo cual nos hace considerar que las condiciones en las que los licitantes concurren a las convocatorias públicas no son propicias para la magnitud de los trabajos requeridos, sin embargo, por actos de corrupción obtienen la adjudicación de contratos públicos.

Asimismo, se busca evidenciar que existirán ocasiones en las que las condiciones en las que se presenten los licitantes a concursar en las convocatorias públicas, no es la razón de la irregularidad de la contratación, sino que la inobservancia del principio de imparcialidad en los procedimientos de contratación pública es el factor que determina las irregularidades en estos procedimientos, lo que se relaciona con la actuación de los servidores públicos; por lo que, se considera necesario proponer otros medios, adicionales al esquema de vigilancia con el que cuenta este régimen de contratación, a fin de potenciar sus efectos, mismos que se ponen a consideración para su análisis y evaluación respectiva.

Por un lado, se propone la creación de un Observatorio en materia de contratación pública, como canal de denuncia y constante monitoreo en la adquisición de bienes, servicios y productos por parte del Gobierno Federal, el cual se encuentre a disposición tanto de la ciudadanía, como de las autoridades competentes, para hacer del conocimiento hechos o actos irregulares que atenten contra la imparcialidad y buena fe con la que deben actuar los funcionarios públicos y los participantes.

Por otro lado, se propone una evaluación periódica de capacidades, aplicable a los funcionarios públicos relacionados con las contrataciones públicas, el cual se entiende como una constante

8 Estas cifras y los licitantes sancionados pueden ser consultados en el siguiente enlace electrónico: *http://directoriosancionados.funcionpublica.gob.mx/SanFicTec/jsp/Ficha_Tecnica/SancionadosN.htm*

Evaluación de Acreditación de Competencias y Capacidades por el que se valore el grado de confiabilidad, conocimiento, objetividad, probidad, eficiencia y efectividad de los funcionarios públicos competentes en esta materia, a fin de que las funciones que realicen se apeguen a criterios de total imparcialidad y eficacia en estos procedimientos.

Finalmente, se propone su incorporación a la Red de Integridad Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo para Latinoamérica y el Caribe, a fin de que las autoridades en materia de contratación pública y sus procedimientos sean sujetos de medición de esta red, lo cual implica resultados constantes y mediciones complejas en el manejo de diversas tendencias relacionadas a la funcionalidad de este régimen, lo cual obliga a un constante mejoramiento y supervisión de los procesos de contratación pública por parte de los órganos públicos.

Estas propuestas se presentan como medios complementarios de vigilancia y control de este régimen en nuestro país, los cuales se visualizan como áreas de oportunidad favorables para potencializar dicho régimen, a efecto de robustecer y optimizar los procedimientos de esta clase y generar las condiciones propicias para llevar a cabo la contratación pública de forma imparcial y tendiente a garantizar que los recursos públicos sean aplicados correctamente y buscando las mejores condiciones para el Estado en el tratamiento de bienes, productos y servicios necesarios para sus actividades.

Referencias legislativas consultadas:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017, México.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de julio de 2010.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de julio de 2010.

Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de abril de 2009.

Acuerdo por el que se expide el Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 09 de agosto de 2010.

Acuerdo por el que se expide el Manual de Aplicación General en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 09 de agosto de 2010.

Acuerdo por el que se emiten diversos lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios y de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 09 de septiembre de 2010.

Acuerdo por el que se establecen las disposiciones que se deberán observar para la utilización del Sistema Electrónico de Información Pública Gubernamental denominado *CompraNet,* publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2011.

Acuerdo que tiene por objeto emitir el Código de Ética de los servidores públicos del Gobierno Federal, las Reglas de Integridad para el ejercicio de la función pública, y los Lineamientos generales para propiciar la integridad de los servidores públicos y para implementar acciones permanentes que favorezcan su comportamiento ético, a través de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2015

Acuerdo por el que se expide el Protocolo de Actuación de los Servidores Públicos que Intervienen en las Contrataciones Públicas y el Otorgamiento de Licencias, Permisos, Autorizaciones, Concesiones y sus Prórrogas frente a los Particulares, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2015.

Acciones ejecutivas para prevenir la corrupción y evitar posibles conflictos de interés, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2015.

Acuerdo por el que se establece la obligación de incorporar a Compranet, la información relativa a la planeación de las contrataciones y la ejecución de contratos que regula la ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público y la ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05 de enero de 2017.

LA MOTIVACIÓN DE LAS ADJUDICACIONES CONTRACTUALES[1]

Adriana Taller[2]

I. Introducción

De manera simplificada, podemos expresar que el procedimiento de contracción de la Administración Pública se desarrolla en dos etapas, la primera de ellas, la identificamos como la de selección del contratante y la segunda como de la celebración y ejecución del contrato, señalando que la primera de ella culmina con la adjudicación[3].

La adjudicación, sobre la que nos hemos de centrar es definida como una declaración de conveniencia de un órgano del Estado, sobre cuál es la oferta más conveniente de las que se presentaron a la selección de propuestas.

Así se ha señalado que la selección que culmina con la adjudicación es la conclusión de un proceso voluntario de carácter cognoscitivo que se cierra con una declaración que sirve de título para habilitar la celebración del contrato[4].

La adjudicación es, así, la materialización de la facultad de elegir una oferta con preferencia de otra, es la individualización de la oferta más conveniente o de la mejor oferta posible de entre las presentadas a la puja.

---

1 X Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. "*La Buena Administración de la contratación Pública*" - Mesa Redonda 4: "*Motivación de la adjudicación contractua"*.- Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña - Pazo de Mariñan.

2 Abogada-Magister. Profesora Titular Ordinaria Derecho Administrativo - Directora de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario.

3 El procedimiento de selección cuenta con varias etapas: preparación y aprobación del pliego de condiciones, el anuncio, la presentación de ofertas, la apertura de sobres y consideración de las ofertas presentadas, la adjudicación y la formalización del contrato. Confr. ESCOLA, HÉCTOR, "Tratado integral de los contratos administrativos", parte general, ps. 343/344, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

4 Esta declaración, como señala Mata, ha adquirido un carácter objetivo, es decir que versa sobre las condiciones objetivas de los que se ofrece, en la inteligencia que las cualidades subjetivas del oferente –idoneidad, moralidad, capacidad financiera, etcétera– han sido materia de un análisis previo, sea a través de los registros de contratistas o, bien de una etapa de selección previa a la adjudicación, con un acto de precalificación, como acontecerte en las licitaciones y concursos, con sobre o etapa múltiple. Ver Decreto Delegado n° 1023/2001, Artículo 26 (preselecciones sucesivas), y Decreto n° 436/2000, Artículos 33 (doble sobre) y a102/112 (etapa múltiple). Mata, Ismael "Ensayos de Derecho Administrativo", p. 496, Ediciones RAP, Argentina, 2009.

El acto de adjudicación es entendido, entonces, como declaración unilateral emitida por un órgano del Estado, en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de efectos jurídicos, directos e individuales respecto del oferente seleccionado que tiene por objeto certificar cual de todas las ofertas presentadas es la más conveniente.

Y tal como lo dispone el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Decreto Delegado n° 1023/2001 en su artículo 11°, inc. f) "la aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación", deberá realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley n° 19.149[5] y sus modificatorias.

En este sentido y de acuerdo con la ley citada, a la formación del acto administrativo de adjudicación deben concurrir, sin vicios, un conjunto de elementos esenciales para que él sea completamente válido; los enunciados en el artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, n° 19,549, ya indicada, tales como la competencia, la causa, el objeto, el procedimiento, la motivación y la finalidad, completándose con el artículo 8°, la exigencia de la forma[6].

De todos esos elementos, y a los fines de nuestra exposición, he de centrar mi atención en el elemento motivación, que sirve para verificar que la administración ha interpretado razonablemente las circunstancias que constituyen la causa del acto y para apartar la arbitrariedad del desempeño de los órganos del Estado.

Este elemento es de suma importancia en el control de la actividad administrativa e íntimamente ligado con el sistema republicano de gobierno adoptado en nuestra Constitución Nacional[7] y "contribuye , como señala la doctrina, … en forma invaluable a la eficiencia administrativa toda vez que no sólo fortifica la decisión frente a su eventual revocación o anulación, sino que le permite al Estado sentar criterios generales que servirán para la resolución de situaciones similares concre-

---

5 ARTICULO 7. Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: Competencia.a) ser dictado por autoridad competente .Causa. b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.Objeto.c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos. Procedimientos.d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.Motivación.e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.Finalidad.f) habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad. Los contratos que celebrenlas jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente Título, en cuanto fuere pertinente. (Este último párrafo fue modificado por el Decreto Delegado n° 1023/2001 - Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional). www.infoleg.gob.ar.

6 Así, deberán concurrir los elementos esenciales establecidos en la ley nacional de procedimientos administrativos 19.549 (www.infoleg.gob.ar.): causa, objeto, motivación, procedimientos, finalidad y forma, pues. "Los contratos administrativos son actos administrativos en la medida en que les son aplicables los principios de su teoría general". Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala IV, 27/04/82, ED, 102-233.

7 Artículo 1°.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución

tas en el futuro y permite además que el interesado directo conozca las razones por las cuales su situación jurídica se ha visto o no modificada"[8] .

II.- La adjudicación como manifestación de la actividad de los órganos estatales.

II.1. Conceptualización.

La decisión de contratar con un determinado oferente se lleva a cabo a través de un acto administrativo que recibe el nombre de adjudicación[9] y es el medio a través del cual la administración elige el oferente que haya efectuado la propuesta o proposición más ventajosa o conveniente[10]. Este acto administrativo, produce como primer efecto, la liberación de los proponentes cuyas ofertas se han desestimado y luego, obliga al Estado, por un lado y al adjudicatario por el otro, a formalizar el contrato administrativo pertinente.

La adjudicación[11], merece ser considerada como una etapa fundamental dentro del procedimiento de selección del contratante estatal, es el acto de conocimiento con el cual finaliza el procedi-

---

8 TAWIL, GUIDO. "*Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*", T. 1, p. 359/360. Buenos Aires, Depalma, T. 1.

9 "La adjudicación es el ato administrativo por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual", Cámara Nacional Federal, Sala Civil y Comercial, Agosto 4/1967. Revista Jurisprudencia Argentina, T. 1968-I-128. Para Dromi, el acto de adjudicación forma parte integrante del procedimiento administrativo precontractual. Es el último de los actos, pero no el primero del contrato. Este nace con la formalización escrita, aprobación por el superior jerárquico o notificación de la adjudicación según el contrato de que se trate. DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo,* p.366, Ediciones Ciudad Argentina, Año 1997.

10 DIEZ MANUEL MARÍA, Derecho *Administrativo* T. III,p. 117 Ed. Plus Ultra, Año 1976.

11 La Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe, se ha pronunciado sobre el concepto en los siguientes términos: Dictamen n° 178, febrero 2 de 1999: "La adjudicación tiene lugar una vez concluida la etapa de la valoración de las propuestas. Es el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual que completa el ciclo generador del acuerdo de voluntades (C.N.Fed. Sala Civ. y Com., 4/8/61" "Astilleros de Trabajadores Argentinos MetalÚfgicosAsociados c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales", L.A., 1968-1-128; C.Com. Gap. 19/10/36, Harcadstle S.A. e/Consejo Nacional de Educación", LC. 4-630". - "Constituye el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratista ... Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra servicio o suministro objeto de la contratación" (DROMI, Roberto, Licit. Públ. pág. 419)". Dictamen n° 127, enero 25 de 1999: "Según cierta doctrina la adjudicación, es "el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, _ individualizándose la persona del cocontratante. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndosele la ejecución de la obra, servicio, o suministro objeto de la contratación... La elección del co-contratante habilita la futura celebración del contrato. La voluntad administrativa contractual se ha determinado en el caso concreto, la que después, unida a la voluntad del oferente seleccionado por el procedimiento que el derecho establece (notificación de la adjudicación, aprobación, etc.), genera existencialmente el contrato de la Administración" (José Roberto Dromi, La Licitación Pública, ed. Astrea, Bs. As.1975, pág. 390).En la provincia de Santa Fe, como se verá en párrafos siguientes, el contrato administrativo como acuerdo de voluntades no se perfecciona con la adjudicación sino con la firma del contrato. La adjudicación, entonces, como una que las etapas esenciales del procedimiento licitatorio, requiere una forma jurídica específica "En tanto la adjudicación traduce una declaración unilateral, efectuada en ejercicio de la función administrativo, productora de efectos jurídicos individuales en forma directa e inmediata, podemos tipificarla, dentro de las formas jurídicas, como un acto administrativo." (José Roberto Dromi,. Ob. cit. pág. 391). De modo tal que la adjudicación, como acto administrativo, deberá contar con los requisitos y elementos de los de su especie, y habrá de emanar del órgano competente y habilitado al efecto, en la forma requerida para ser ta".. Dictamen n° 1243 diciembre 23 de 2012: "La "adjudicació". es una de las más funda-

miento de selección; las etapas previas que se van transitando tienden a que la adjudicación recaiga sobre el contratante adecuado, de manera que la Administración Pública, previo examen de las varias propuestas u oferta única presentada, decida, cuál de ellas, dando buenas razones o argumentos justificatorios, es la más conveniente, desde el punto de vista de su idoneidad moral, técnica y económico-financiera y la acepte, quedando con ello simultáneamente estipulado el contratante para ese contrato concreto y perfeccionándose el acuerdo de voluntades[12].

El acto de adjudicación, es una manifestación de las prerrogativas públicas de asignación de preeminencias a un tercero ajeno a su organización, es la expresión mediante la cual los órganos estatales integran o complementan su originario deseo de contratar expresado al decidir sobre el objeto del contrato a celebrar, el procedimiento de selección a utilizar, el llamado a licitación, si fuere menester, etc. Con la adjudicación culmina la elección del proponente idóneo para la celebración y ejecución del contrato, en razón de la oferta más conveniente y aceptable[13].

Es en suma, es la expresión de voluntad estatal que complementa el acuerdo de voluntades del que nace el contrato administrativo tenido en perspectiva; es la aceptación que hace la Administración Pública de la propuesta más ventajosa[14], desde el punto de vista de su idoneidad moral técnica y económico financiera[15]. La determinación de la oferta más conveniente tiene que efectuarse con arreglo a las cláusulas del pliego de bases y condiciones generales que rige la licitación[16], cumpliendo siempre con el requisito de la motivación expresándose el criterio objetivo y real que permitió seleccionar la propuesta en cada caso.

---

mentales etapas de la licitación. Todo el procedimiento de esta última tiende precisamente a permitir un adecuada "adjudicació". efectuándose así la selección concreta del cocontratante. La "adjudicació". es entonces el acto de la Administración Pública en el que ésta previo examen de las propuestas u ofertas presentadas decide cuál de ellas es la más conveniente y la acepta quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular". (Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Ed. Abeledo Perrot 1998). Empero, hasta el momento de la adjudicación todos los oferentes se encuentran en un pié de igualdad frente a la Administración. "La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de "igualda". Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación siendo ínsito a ella" "Para lograr su finalidad la licitación debe reunir ese carácter de "igualdad" pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que junto con los requisitos de "concurrencia" y "publicidad" permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público" (Marienhoff, ob. cit.). Y, justamente es dicho principio de igualdad la que en el caso que nos ocupa no fue respetado, situación ésta que se proyectará sobre el acto de adjudicación" http://www.santa-fe.gov.ar/fiscalia/dictamen/consulta.php.

12 Si bien en algunos casos, como señala Cassagne, se requiere para el perfeccionamiento contractual otros requisitos, como por ejemplo la suscripción del contrato en el contrato de obra pública CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los procedimientos de selección del contratista estatal", Revista Jurídica La Ley, T. 1997-E, 1485. Cita Online: AR/DOC/20840/2001.

13 La adjudicación produce un resultado jurídico objetivo: la elección del proponente que formuló la oferta más conveniente. Con dicho acto se concluye el procedimiento licitatorio en su fase esencial, iniciándose entonces la formalización del contrato o fase integrativa. Esta se opera de conformidad con la técnica dispuesta por el ordenamiento jurídico: a) aprobación u homologación; b) notificación y c) estipulación escrita. DROMI, ob. cit. p. 368.

14 MARIENHOFF MIGUEL S. *Tratado de Derecho Administrativo* T. III, p. 249/250 Ed. Abeledo Perrot, B.A., Año 1983.

15 Las pautas seguidas para adjudicar se aplican en función del objeto del contrato, pudiendo el precio ofrecido, aún menor, ser superado por otras circunstancias a considerar como la idoneidad moral, técnica, económico-financiera, la experiencia acreditada en relación al contenido del contrato, etc.

16 "La adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad y nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia

Por ello, el acto de adjudicación de un contrato no puede sino estar sometido a los requisitos consagrados en el artículo 7° de la Ley Nacional y al régimen diseñado en la misma para las diversas vicisitudes del obrar administrativo[17]: de manera que la decisión habrá de motivarse con referencia concreta a los criterios objetivos previamente establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, tales como el precio, la fórmula de revisión del caso, el plazo de ejecución o de entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnicos, características estéticas y funcionales, si correspondiere, y otros íntimamente ligados al objeto del contrato de que se trate.

Cabe, además destacar que, en materia de contrataciones administrativas, rige el principio de razonabilidad, que es "rector de las democracias constitucionales, porque el Estado de derecho es, por definición, un Estado de razón. Es decir, implica que todos los poderes y organismos estatales deben de fundar sus decisiones; que el arbitrio que le permite elegir entre alternativas y, dentro de éstas, entre opciones, no se confunde nunca —no debería confundirse nunca— con arbitrariedad"[18].

II.2. Regulación legal. Ámbito Nacional.

Los lineamientos y normas básicas que debe observar el Sector Público Nacional, en los procesos de compras, ventas y contrataciones de bienes y servicios se encuentran regulados en el Decreto Delegado n° 1021/2001[19], aprobado por Decreto n° 893/12[20].

Conforme la citada normativa, este Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.

La norma jurídica en comentario sienta en su artículo 3° los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una

---

igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario", Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. vs. Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s. Nulidad de resoluciones", Marzo, 30, 1993. La misma Corte en la causa "Radeljak, Juan Carlos c/Administración General de Puertos s/ Ordinario", expresa que, "la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad", pues el pliego es el que específica el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones de los proponentes, de los oferentes y del que resulte finalmente adjudictario.

17 GRECCO, CARLOS M., "Procedimiento Administrativo y Contratos Administrativos (variaciones sobre el artículo 7°, párrafo final de la Ley Nº 19.549)", en AA.VV. "Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho", Editorial Ciencias de la Administración, 2000, Buenos Aires, p. 136

18 GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Contratos administrativos y principios constitucionales", Revista Jurídica La Ley 2014-C, 799. Cita Online: AR/DOC/1544/2014

19 REGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION NACIONAL -Decreto 1023/2001.
Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras. Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias. Bs. As., 13/8/2001. Publicada en el Boletín Oficial del 16-ago-2001 Número: 29712 Página: 1. www.infoleg.gob.ar.

20 REGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION NACIONAL -Decreto 893/2012.
Apruébase la reglamentación del Decreto Nº 1023/01.Bs. As., 7/6/2012Publicada en el Boletín Oficial del 14-jun-2012 Número: 32418 Página: 5.www.infoleg.gob.ar.

de ellas, enumerando: a) la razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) la transparencia en los procedimientos; d) la publicidad y difusión de las actuaciones; e) la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones y f) la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes; haciendo énfasis en que, desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.

Luego, al regular sobre las formalidades de las actuaciones, dispone qué diligencias como mínimo y sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario, deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley n° 19.549 y sus modificatorias, especificando entre estas actuaciones al acto de adjudicación[21].

Es decir que, el Decreto n° 1023/2001, en comentario, individualiza a las principales actuaciones del procedimiento contractual, que, en tanto tratarse de actos administrativos están sujetos a las exigencias del artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, los que, obviamente, "tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la misma Ley nº 19549[22] y sus modificatorias" (cfr. art. 12 del Régimen[23]) y modifica en el artículo 36, al ya varias veces invo-

---

21 ARTÍCULO 11.- FORMALIDADES DE LAS ACTUACIONES. Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección. b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. c) La declaración de que el llamado hubiere resultado desierto o fracasado. d) La preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple. e) La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o cocontratantes. f) La aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación. g) La determinación de dejar sin efecto el procedimiento. h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación... i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato

22 ARTICULO 12.- El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios –a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial– e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta. www.infoleg.gov.ar.

23 ARTICULO 12. FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley Nº 19.549 y sus modificatorias. b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación. d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones. e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor. f) La facultad de inspeccionar las oficinas y los

cado artículo 7º, in fine de la Ley de Procedimientos citada para definir la aplicación directa de esa norma y de las restantes del mismo cuerpo legal, a los "contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional"[24].

Desde esta perspectiva normativa, ha de colegirse que estos actos administrativos que se emiten en el seno del procedimiento contractual, deben reunir los elementos estructurales y esenciales enumerados en el artículo 7º de la mencionada Ley[25].

Consecuentemente, si en el ámbito nacional el acto administrativo de adjudicación es considerado un acto administrativo y a los efectos de su validez debe ser emitido reuniendo todos los elementos esenciales que la legislación señala como obligatorios[26] para ser considerado ajustado a derecho, corresponde que esté debidamente motivado, esto es suficientemente fundado, resultando destacable este requisito de manera obligatoria aunque no lo disponga de manera expresa o literal la legislación.[27].

En este sentido procede destacar que la motivación en toda la actuación administrativa contractual, resulta de aplicación rigurosa para la salvaguarda de los diversos intereses tanto de la Administración Pública como de los administrados contratantes como del resto de la sociedad.

Esta actividad administrativa entronca directamente con las garantías que el derecho administrativo brinda al ciudadano siendo básica su doctrina para garantizar el respeto a los principios generales de la contratación, destacados en el propio Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y, con ello, evitar no sólo la indefensión del afectado sino propiciar las buenas prácticas administrativas en beneficio de toda la comunidad, en tanto toda contratación pública significa

---

libros que estén obligados a llevar los cocontratantes. g) La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. La misma no procederá si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del presente artículo. Se podrá hacer uso de esta opción por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando éste fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias. (Artículo sustituido por art. 5° del Decreto N° 666/2003 B.O. 25/3/2003. Vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria.)www.infoleg.gov.ar.

24 Ver Nota n° 5.

25 La aplicación de la teoría general del acto administrativo a los contratos, que parte dela doctrina propiciaba a través de la teoría del acto administrativo bilateral, fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Metalmecánica", al expresar que, "todo contrato administrativo es sustancial y esencialmente, un acto administrativo bilateral. Esto es trascendente, pues de ello resulta que las reglas fundamentales que constituyen el régimen de los actos administrativos son aplicables a los contratos administrativos". CSJN, Noviembre 23 de 1976, "Metalmecánica S.A. c/ gobierno Nacional". Ergo todos los actos que van integrando la formación de la voluntad de la administración, desde la adjudicación hasta la celebración del contrato, deben emitirse sin obviar los elementos que hacen a la validez de aquellos, como entre otros es la motivación suficiente.

26 Ver Notas n° 3 y n° 4 que anteceden.

27 Cabe destacarse que la Ley n° 2095/2006 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de fecha 21 de septiembre de 2006, (B.O. de la C.A.B.A. n° 2557) , en el Capítulo que regula los criterios de selección de las ofertas y el acto de adjudicación, dispone de manera expresa que "La adjudicación es resuelta en forma fundada por la autoridad competente para aprobar la contratación y se notifica fehacientemente al adjudicatario y al resto de los preadjudicatarios dentro del plazo que determine la reglamentación.

erogaciones del erario público; por ello la motivación de la adjudicación debe ser clara y suficiente para poder conocer las causas que indujeron a la celebración del contrato[28].

Todo acto de adjudicación, entonces, de acuerdo al régimen legal aplicable, como regla de principio, deberá estar sustentado en los dictámenes que demuestren que el contratante al cual se adjudicará el contrato, ha cumplido satisfactoriamente con las exigencias, técnicas, legales y financieras establecidas en la convocatoria, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta (conforme artículo 15 del Decreto n° 1023/2001)

La motivación del acto de adjudicación, se refiere, en concreto a ese respaldo escrito y debidamente fundamentado que demuestre el cumplimiento de todos los parámetros fijados por la propia administración en las condiciones de contratación, trátese del pliego de bases y condiciones u otro documento de convocatoria, conforme al procedimiento de selección de contratante elegido para la ocasión.

Todo porque mediante la motivación, se garantiza el respeto a los principios de la contratación administrativa, principalmente, el de razonabilidad, publicidad, transparencia, igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes y de legalidad, con lo cual los interesados en un procedimiento de selección de contratante (licitación pública o privada, concurso, u otro) tendrán la oportunidad de conocer todos y cada uno de los aspectos que han sido tomados en cuenta para adoptar la decisión y en su caso ejercer su derecho de recurrirlo, si considera la existencia de alguna inconsistencia o falta de fundamentación; la motivación se aparecer explícita e inequívoca en los dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto.

A mayor abundamiento, la obligación de motivar el acto administrativo de adjudicación, exigiendo que deba explicitarse de manera razonada su causa y su finalidad, es una consecuencia derivada del artículo 1° de la Constitución Nacional Argentina que establece la forma republicana de gobierno y, en este orden de ideas, lo exige también el artículo 2º inciso e) de la Ley n° 25.188[29] de ética en el ejercicio de la función pública, en cuanto obliga al agente público a adoptar soluciones razonables en la contratación pública, lo cual incluye el objeto y el precio del contrato y de manera específica como pauta y deber de comportamiento ético, fundar actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan[30].

---

28 Sin perjuicio que ello permite, a los oferentes afectados si los hubiere, configurar de manera eficaz su recurso o reclamación.

29 Esta ley fue sancionada el 29 de septiembre de 1999, promulgada el 26 de octubre de 1999 y publicada en el B.O. 29262 del 1 de noviembre de 1999. Ver www.infoleg.gov.ar.

30 Como señala Comadira, en virtud de este principio las autoridades estatales deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales –que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema– a la ley formal, a los reglamentos –en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos– a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativoCOMADIRA, JULIO RODOLFO, *La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial*, Revista Jurídica ElDerecho, T.186, p.600.

Ahora, la exigencia de fundar prevista en la Ley de Ética Pública no significa expresar cualquier argumento, sino aquellos que sean razonadamente conducentes para que el acto de adjudicación luzca como derivación razonada del procedimiento de selección del contratante.

Estas normas imponen la exigencia de motivar esa forma específica de manifestación de la voluntad estatal que son los actos administrativos. Ello implica que la autoridad administrativa debe hacer públicas no sólo las decisiones que adopta, esto es el objeto de las mismas, sino también los motivos que fundamentan y justifican la validez y legitimidad de lo decidido.

Esta exigencia de motivar los actos administrativos no se presenta aislada, sino que alcanza a todos los poderes del Estado, tiene un efecto expansivo y es corolario del reconocimiento y respeto a los derechos de los ciudadanos; dar cuenta de las razones que llevan a los órganos estatales a decidir sobre una adjudicación, no es un tema menor, porque permite un mejor conocimiento y control de los actos que emanan de los poderes públicos, proveyendo a la transparencia de las relaciones entre las autoridades y la ciudadanía. Una correcta motivación permite argumentar a favor de la validez y legitimidad de la adjudicación resuelta.

II. 3 La adjudicación como actividad discrecionalidad[31]

Parte de la doctrina ha sostenido que la actividad de la Administración en lo que atañe a la aprobación de la adjudicación es discrecional[32] y que, la apreciación y ponderación de la ventaja o conveniencia de las ofertas hechas con la adjudicación, importa un obrar discrecional del ente licitante[33].

En el mismo sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación al sostener que, la apreciación de la oferta más conveniente en una licitación constituye el ejercicio de una facultad

---

31 En torno a la distinción entre la actividad administrativa reglada y discrecionales, Gordillo, ha sostenido que, son regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto; mientras que es discrecional cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia, o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos, y en otros es dejada a la libre apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la Administración. En el primer caso es el ordenamiento jurídico "Constitución, ley y reglamento" y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. Agrega el autor que, en el primer caso, la ley sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. En este caso, la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho. En cambio en el ámbito de lo discrecional, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante la cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Capítulo X, p. 14 y 15. Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. Año 2000.

32 MARIENHOFF, MIGUEL S. ob. cit. P. 243

33 DROMI, ROBERTO. "Manual de Derecho Administrativo", p. 203. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

que, si bien es discrecional, en modo alguno puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos[34].

En sentido contrario se pronunciado Mata, para quien la adjudicación es un juicio reglado en la medida en que los elementos para juzgar la oferta están establecidos en las bases que rigen la selección y permiten una comparación objetiva entre ellas, aclarando, que ello no quiere decir que el grado de regulación funcione cómo un modelo automático; basta con que los factores de ponderación estén identificados y se asigne la importancia o peso relativo de cada de uno de ellos en la evaluación[35].

Lo real es que la adjudicación se traduce en un acto administrativo emitido por la Administración Pública mediante el cual acepta una de las propuestas formuladas por uno de los proponentes dentro del procediendo de selección, trátase de un concurso o una licitación, por considerar que ella es la más favorable y ajustada a las exigencias previstas en los Pliegos de Bases y Condiciones, los cuales contienen las pautas que ha de contener la oferta para que se aceptada como tal.

En otros términos, la adjudicación es un verdadero acto administrativo por medio del cual la Administración Pública le atribuye el objeto de la licitación a un oferente cierto y determinado, en la medida que su oferta se haya ajustado a todos y cada uno de los requisitos emergentes de los Pliegos de Bases y Condiciones e implique la de mayor conveniencia o ventaja para los intereses públicos.

Esa decisión se conecta con la autonomía o libertades de la Administración, con el ejercicio de su actividad de discrecionalidad[36] que se manifiesta en la creación de un acto administrativo de adjudicación que conlleva la libertad de elección de los motivos de tal creación.

---

34 Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes, 114:124; 119:184. "Al aplicar la discrecionalidad el poder administrador obra conforme a consideraciones sobre la mejor manera de manejar los negocios públicos. Sólo su fundamento de razonabilidad puede dar fuerza de convicción a un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, conferidas por la ley a la Administración" Ver también Dictamen 113:91, Procuración del Tesoro de la Nación. Por su parte la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe, en relación a la actividad discrecional de la administración pública, tiene dicho, que "Así entonces un acto administrativo adolecerá de vicios que conculcan los límites de la actividad discrecional, y la decisión será ilegítima cuando: a) carece de razonabilidad, sea por falta de motivación que tiene por objeto poner de r manifiesto su juridicidad; o por no tener en cuenta hechos acreditados, públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o medie desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido por la ley, esto es, que se trate de una medida desproporcionada o excesiva en relación a lo que se quiere lograr; b) cuando la administración actúa con desviación de poder vulnerando el fin señalado por el legislador en el cumplimiento del acto, sea con un fin personal de venganza o nepotismo o con un fin administrativo no querido por la ley; y c) cuando la conducta del funcionario se encuentra imbuida de artimañas de acción u omisión (incluso silencio) que conduzca a engaño o error a un particular. Es decir está limitado por la buena fe". (Autos: Orias, Raúl c/Universidad Nacional Río Cuarto s/ contencioso administrativo, primera insto –año] 991, Revista DIAdministrativo Año N° 4 - Set. Dic. /" 1992 N° 11 Jurisprudencia Anotada, pág. 520)", Dictamen 0159, Febrero 13 de 2007. http://www.santa-fe.gov.ar/fiscalia/dictamen/consulta.php.

35 MATA ISMAEL, *Ensayos de Derecho Administrativo,* p.503. Ediciones RAP. Buenos Aires. 2009. Para el autor ciertos márgenes de libertad en la evaluación son ineludibles, sin que por ello la labor de ponderación deje de ser reglada y, así, por ejemplo, si de acuerdo con la artículo 18 de la Ley n° 23.696 (ver www.infolge.gov.ar) se empleara un sistema de puntaje o porcentuales referidos a las variables de la comparación, en las calificaciones entre los puntajes mínimos y máximos asignados a cada factor hay un margen de libertad en la decisión del evaluador, sin que el sistema se transforme en discrecional.

36 Como concepto de discrecionalidad, se ha dicho también que, "la discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, que el orden jurídico da a la Administración para que ésta elija oportuna y eficazmente los medios y el momento de su actividad dentro de los límites indicados por la ley... ". "El poder contiene la posibilidad reconocida a una

Se ha opinado que consiste en un "proceso previo al acto que luego debe crearse, tratándose de un poder de creación y juicio de elección, precisando que no puede existir Administración Pública sin discrecionalidad, la que se sustenta en la experiencia, en el manejo y la realización de los intereses públicos"[37].

Bajo las mismas pautas, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la facultad discrecional es la que se ejecuta sin sujeción a criterios o normas trazados de antemano, porque, precisamente, la oportunidad o conveniencia de apreciar los motivos se deja librada al poder administrador por entender que, si se reglara esa actividad, la acción administrativa podría resultar ineficaz, impropia o inconveniente. Ello, así, siempre que su accionar respete los límites impuestos por la razonabilidad[38] y la buena fe[39].

En este último sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que, "la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia"[40].

En esta dirección también se destaca con acierto que, "ni aún en el caso de actos discrecionales, las facultades de la Administración son omnímodas, pues han de estar precedidas por la idea del ben servicio al interés general", por lo que "queda a salvo la facultad del juzgador de examinar después si la decisión adoptada por la Administración se ha producido con arreglo a los fines para los que a ley concedió la libertad de elegir, dado que la discrecionalidad no es arbitrariedad"[41]

---

autoridad administrativa de elegir entre dos o más decisiones igualmente posibles y permitidas por la juridicidad La elección del "momento" y de la "acción" es de la esencia del poder. Gobernar es elegir, y elegir es gobernar. La autoridad administrativa no puede ser sometida a un automatismo". DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, p. 349 y 355. 3ra.Edición actualizada. Ed. Ciudad Argentina Buenos Aires.

37 FIORINI BARTOLOME A. *Derecho Administrativo,* T. I, p. 278 y 279; 272 y 273. 2da. Edición. Buenos Aires, Año 1976

38 La razonabilidad es un principio rector de las democracias constitucionales porque en el estado de derecho todos los órganos estatales deben fundar sus decisiones, de manera que el arbitrio que les permite elegir entre alternativas y dentro de éstas entre opciones, no puede desembocar en arbitrariedad. Por ello en materia de contratos administrativos y concretamente en el acto de adjudicación es oportuno tener siempre presente el criterio de razonabilidad que examina la relación entre medios y fines y costos y beneficios, como obligación del buen gobierno, al cual debe ajustar su accionar la administración pública por imperio de lo establecido en el artículo 3° inciso a) del Decreto n° 1023/2001 - Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. No puede concebirse que la decisión de llevar adelante el *iter* enderezado a la concreción de la contratación estatal pueda ser irrazonable De tal suerte que, el mérito, oportunidad y conveniencia de la actividad discrecional desplegada en aquel procedimiento no podrá suponer una desproporción entre necesidad y tecnología, ni trasuntar una decisión irrazonable en la faceta de gestión de la contratación. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo.* p. 401. Thomson Reuters LA LEY. Buenos Aires. 2015. Ampliando lo dicho, el principio de la razonabilidad, fundado en el artículo 28 –"los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicios– de la Constitución Nacional Argentina, se proyecta a toda la actividad de la Administración Pública, ya se trate de actos reglados o discrecionales, en cualquiera de sus elementos constitutivos, de manera que no altere los derechos y garantías reconocidos a los ciudadanos en la propia Constitución.

39 PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION, Dictámenes 231:249; 127:153 y 165:200 y 203.

40 CSJN, Autos: "Fadlala de Ferreyra, Celia s/ amparo", Año 1984; Fallos 306:126.

41 Sentencia de fecha 31 de octubre de 1994, citada en "*Curso de Derecho Administrativo".*GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO - RAMON FERNANDEZ, TOMAS con Notas de Agustí Gordillo, p. 127. 1ra. Edición Argentina. Ed. Thomson-Civitas-La Ley. Buenos Aires. Año 2006.i

Dicho esto, y volviendo a la naturaleza de la actividad administrativa desplegada a los fines de la asignación del contrato, cabe tener presente que, toda vez que en la decisión de la adjudicación puede optarse por varias opciones, a los fines adjudicar a una u otra oferta, o no adjudicar a ninguna de ellas por resultar las mismas inadmisibles o inconvenientes, la determinación de la adjudicación representa el ejercicio de una actividad esencialmente discrecional de la Administración y constituye una apreciación libre de aquella de juzgar la mayor conveniencia de las propuestas presentadas, disponiendo de un cierto margen de elección, el cual le permite, tomar una resolución de varias soluciones posibles, todas ellas iguales para el mundo del derecho[42].

Por ello Marienhoff, señala que en el ejercicio de la actividad discrecional, la Administración actúa con mayor libertad, porque su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir. Existe una predeterminación de carácter genérico de la conducta administrativa, donde la Administración no está constreñida por la norma a adoptar determinada decisión: en presencia de determinados hechos o situaciones, queda facultada para valorarlos, apreciarlos y resolver luego si, de acuerdo a tales hechos o situaciones, se cumple o no la finalidad perseguida por la norma; en el primer supuesto hará lugar a lo que se hubiere solicitado, en el segundo caso lo desestimará; para advertir el autor que más que un juicio de legalidad, la Administración realiza aquí un juicio de oportunidad, pues al respecto tiene libertad para la selección de criterios y de fórmulas[43].

En sentido similar, la jurisprudencia ha sostenido que, la Administración tiene la facultad de apreciar la conveniencia de seleccionar entre las distintas ofertas o declarar desierto el llamado antes de la adjudicación definitiva … y que, la decisión de la Administración es por demás vasta para arbitrar una y otra solución, con la sola valla de que la decisión que en definitiva se adopte no esté teñida de arbitrariedad." [44]; sentenciando la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación que, la potestad de ejercicio discrecional se verifica cuando el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir; que, la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos constituye una libertad de apreciación legal; que la esfera de discrecionalidad no implica que dichos entes actúen desvinculados del orden jurídico y que no existen actos reglados ni discrecionales cua-

---

42 PARADA, RAMÓN, *Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 101Madrid, Marcial Pons, 1999.

43 MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I p. 416 y 417. Ediciones Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1994.Sobre el mismo tema, Gordillo expresa, que "las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto "GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9° edición, Bs. As., F.D.A., 2007, Tomo I, capítulo X, p. 10 (consultado en http: www.gordillo.com) y en "relativa contraposición", la actividad discrecional se da cuando se permite al que ejerce función administrativa una apreciación subjetiva del interés público comprometido y un margen para completar creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una entre varias alternativas igualmente válidas para el derecho. SESÍN, DOMINGO JUAN, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 126, Editorial Depalma, Buenos Aires, Año 1994.

44 In re: "Vilodi S.A. c/E.N. (M° de Defensa) EMGE -Comisión Adm. Ejército s/contrato administrativo. Junio, 13 de 2001 Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal, Sala V, Expediente n° 12.439 Año 1997.

litativamente diferenciables, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa[45].

Así, la adjudicación que entraña una decisión discrecional, como modo de ejecutar el Régimen de Contrataciones del Sector Público, es una modalidad de ejercicio de la función administrativa, no sólo determinada por aquella norma legal sino por el fin público[46].

De modo que, la discrecionalidad, se proyecta en la apreciación de la oferta más conveniente a los fines de decidir sobre la adjudicación, libertad en el contenido de dicha decisión y arreglo de esta a la finalidad del contrato, todo lo cual conforma el terreno en él cual el obrar de la administración pública debe desenvolverse, de manera eficiente y eficaz; luego, estas apreciaciones llevan a concluir que los actos administrativos provenientes del ejercicio de la discrecionalidad son iguales a los reglados, su consistencia jurídica es la misma[47], desde que el acto discrecional se debe emite respetando las normas del procedimiento de selección del contratante, la exactitud material de los hechos y la motivación.

De esta manera, toda vez que la decisión de la adjudicación no alberga una única solución justa, la administración tiene una amplia facultad de apreciación respecto de los elementos que hay que tener en cuenta para decidir adjudicar un contrato tras una licitación, pues en la elaboración de la misma intervienen diversos componentes, como el precio, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio de posventa, los antecedentes de la empresa, entre otros y dependiendo del objeto del contrato, todos los cuales han de ser apreciados y valorados discrecionalmente por la Administración, aunque con pleno apego a la legalidad que la condiciona, de manera que la actividad administrativa de adjudicación es una manifestación de la facultad eminentemente discrecional de la Administración, la cual en la medida que se expresa a través de un acto administrativo debe estar debidamente motivada, esto es justificada.

Más, como señala Rodríguez-Arana Muñoz, la discrecionalidad es una propiedad propia de Gobiernos y Administraciones que permite a éstos profundizar en la adecuación a la razón y a la jus-

---

45 Autos: "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo". Sentencia, Junio 23, 1992; Fallos 315:1361.

46 El concepto de fin público pertenece a un plano teórico y general en el que el fin se inscribe en forma abstracta, de la misma manera que las nociones de órgano, función, proceso, etc. En el mundo jurídico la función se manifiesta concretamente en actividades, en cometidos; por su parte, el proceso se expresa a través de los distintos procedimientos administrativos que regulan el desenvolvimiento de las actividades; y en lo que toca al fin público, está representado por diferentes intereses públicos, constituidos por bienes de distinta jerarquía. Tales intereses se articulan entre sí en función de su importancia –principales, accesorios, primarios, secundarios– o de sus satisfacciones en el tiempo –urgentes, mediatas, inmediatas. "El fin público sobreentiende la existencia de intereses públicos: el fin es una noción lógica, el interés es objeto o bien determinado". MATA ISMAEL, ob.cit.p.152 y nota 8.

47 Es decir, que la tarea discrecional no está desvinculada de la reglada; sino comprendida, como todo accionar estatal, por la plenitud hermenéutica del orden jurídico; de allí, y tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la discrecionalidad del obrar de los órganos administrativos no implica que ellos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que tal discrecionalidad no resulte fiscalizable. CSJN, en autos "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo", Sentencia. Febrero 23 de 1992.

ticia en el ejercicio del poder público. Hasta tal punto que cuándo las altas instancias de gobierno y administración de lo público se esfuerzan seriamente por argumentar y motivar el ejercicio de poderes discrecionales están realizando cabalmente el Estado de Derecho. En sentido contrario, cuándo ese espacio de apreciación para seleccionar las más justa y razonable de las distintas opciones legalmente posibles se orienta hacia la oscuridad o la opacidad, con nulas o mínimas justificaciones, se desciende al tenebroso mundo de la arbitrariedad[48].

Consecuentemente, el requisito de la motivación tiene a la sazón, mayor importancia en los actos realizados en el ejercicio de facultades discrecionales, pues solamente la motivación de los estos actos permite al juez determinar si son o no razonables[49].

III. La motivación de la adjudicación corolario de buena administración.

Una buena Administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia, es decir, que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general.

En este sentido esta buena administración, tiene la obligación motivar sus decisiones[50].

III.1. Conceptualización

Por motivación del acto administrativo, enseñaba Diez, debe considerarse la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a dictar el acto, como también la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y lo justifican; un acto administrativo es válido cuando está motivado y la justificación de la emisión del acto, es la pauta de que la administración no obra arbitrariamente sino dentro de los límites dado por el ordenamiento jurídico[51].

La vigencia del estado de derecho hace imprescindible que los órganos estatales expresen en sus decisiones los motivos, los antecedes de hecho y el derecho que han guiado su dictado. La motivación sirve para verificar que la administración ha interpretado razonablemente las circunstancias que constituyen la causa del acto.

La motivación de los actos administrativos y en el caso en comentario, de la adjudicación contractual, aleja la arbitrariedad de la actuación de la Administración pública.

Mientras motivo o causa es la circunstancia o antecedente de hecho aceptado o impuesto por la ley para justificar la emisión del acto de adjudicación, la motivación es la expresión o constancia

---

48 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "El derecho a la buena administración". Conferencia de Apertura al Año Académico 2013,www.fcjs.unl.edu.ar/redoeda/wp-content/uploads/2013/.../conferencia-de-apertura.pdf.

49 En causa "HUGHES TOOL CO.", Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativa, Septiembre, 17 de 1984. Revista Jurídica La Ley, T. 1984-D, p. 363.

50 En torno a esta obligación, comparto el pensamiento del Profesor Jaime Rodríguez –Arana Muñoz, expresados en sus obras y conferencias, haciéndolo extensivo al acto administrativo de adjudicación de contratación, en el sentido que el nuevo Derecho Administrativo nos plantea una nueva funcionalidad de la institución de la motivación. La razón de esta nueva manera de contemplar el Derecho Administrativo se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena Administración. Concepto que para nosotros, en nuestro Derecho, podría resumirse diciendo que la buena Administración es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés general.

51 DIEZ MANUEL MARÍA *Derecho Administrativo* T. II. p.258, Plus Ultra. Año1976.

de que el motivo existe o concurre en el caso concreto; es la expresión de las razones que explica el órgano estatal para fundar su decisión, de allí que se ha equipara a la justificación del acto.

La motivación tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto de adjudicación, acreditando que en el caso concreto concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifica la selección de una contratante en desmedro de otro u otros. En el procedimiento de selección del contratante; lo concerniente con la motivación se agudiza en esta materia por tratarse la adjudicación, a mi criterio de un acto discrecional, donde es mayor la necesidad, a diferencia del acto reglado de justificar el vínculo necesario entre causa, objeto y finalidad del acto.

La presencia de la motivación permite acreditar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y es un respeto por parte de los funcionarios a los límites de la competencia, además de una obligación ético-legal para vitar caer en la arbitrariedad, permitiéndole también armonizar su accionar con los requerimientos de la seguridad jurídica.

El expresar en forma concreta las razones que llevan al dictado del acto de adjudicación, éstas variarán según el objeto del contrato de que se trate, las estipulaciones del pliego y el contenido del las propuestas; donde expresar en forma concreta no significa escribir mucho, ni cualquier cosa ni enunciaciones triviales, sino argumentar objetivamente porque la adjudicada resulta la oferta más ventajosa no sólo para la Administración Pública sino también para la sociedad.

La motivación aparece, entonces como una necesidad tendiente a la observancia del principio de la legalidad en la actuación de los órganos estatales, pero también y que desde el punto de vista del oferente, se transcribe como una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales[52], ya que de su cumplimiento depende que el postulante o licitante pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto de adjudicación[53].

La razón o el por qué de la necesidad de motivar el acto administrativo en general, y en particular el de adjudicación, la doctrina la ha encontrado en la forma en la forma republicana de gobierno – Bielsa- ; en el régimen democrático o como elemento de la legitimidad del acto y de la juridicidad y razonabilidad de las relaciones jurídicas - Fiorini, Escola -; como "índice de su legalidad" - Diez - o exigencia de una conducta racional en un Estado de Derecho – Gordillo –[54].

---

52 CASSAGNE JUAN CARLOS Curso de Derecho Administrativo 10ª Ed. Actualizada y ampliada, p. 624. Tomo I La Ley. Año 2011.

53 La motivación debe contener una relación de las circunstancias de hecho que determinaron la emisión del acto y del derecho aplicable a aquellas. Ahora bien, la intensidad de la motivación variará según el contrato administrativo a celebrar y el interés público comprometido en el mismo y tratándose el acto de adjudicación un acto marcadamente discrecional necesitará una motivación mayor. Estos motivos que se denominan causa o base fáctica y legal del acto, son el conjunto de los elementos objetivos de hecho o de derecho que son el fundamento del acto y que son absolutamente independientes de la voluntad o sicología de su autor, donde debe expresarse una la relación descriptiva, aun sucinta, no obstante que la norma legal sea suficientemente comprensiva y su mera referencia pueda surtir los efectos de la motivación, porque en acto administrativos como el de adjudicación se deben apreciar con exactitud los motivos determinantes de la elección.

54 COVIELLO, PEDRO JOSE JORGE, La *Motivación del acto administrativo como medio de control Judicial del Ejercicio de las Potestades Discrecionales,* p.131. en El Control de la Actividad Estatal I, Dirección Enrique M. Alonso Regueira. Ed. Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. Año 2016.

Por su parte, Marienhoff sostenía que la motivación tiende a poner de manifiesto la 'juridicidad del acto emitido, alejando, así, todo atisbo de arbitrariedad[55]; mientras Cassagne[56], coincidiendo con Hutchinson[57], sustenta la necesidad de motivar todos los actos, salvo excepciones, en el principio de legalidad, en la actuación de los órganos estatales; en tanto Comadira[58] sustentaba la exigencia de la motivación en los principios republicanos[59] que imponen a la Administración dar cuenta de sus actos; en la misma línea también se expresan Monti y Tawil[60].

Además, la obligatoriedad de la motivación en las decisiones discrecionales adoptadas por la Administración Pública permite, según Fernández[61], deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, pues la falta de motivación del acto administrativo, lo hace aparecer en el mundo jurídico, como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho que es gobierno del derecho y no de los hombres. Pero también está íntimamente relacionada con la tutela judicial efectiva y, más precisamente, con la garantía de la defensa en juicio, pues, en el tema en tratamiento si el acto de adjudicación no se encuentra motivado, el licitante se hallará impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo: derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir pruebas y derecho a una decisión fundada[62].

En tal sentido, la Administración Pública se encuentra obligada, bajo sanción de nulidad absoluta[63] a proporcionar las razones por las cuales optó por una oferta entre dos o más posibles y aunque

---

55 MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 333 y 336. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1993.

56 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El acto administrativo*, p. 212. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 1974.

57 HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, T. I, p. 77. Astrea. Buenos Aires. Año 1992.

58 COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimentos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, T. I, p. 202. La Ley. Buenos Aires. Año 2002.

59 "La motivación de todos los actos de todos los actos involucrados asume, por ende, un papel decisivo, porque en ella no sólo cumple el órgano estatal con la obligación republicana de dar debida cuenta de sus decisiones, sino que, además, encuentra el ciudadano la explicación razonada de la valoración que lo afecta.
Por eso, la motivación no puede estar ausente ni en la terna, ni en el acto que remite el pliego, ni tampoco en la decisión que implica el acuerdo senatorial" COMADIRA, JULIO RODOLFO, *"El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura (con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados"*, en Derecho Administrativo. Acto administrativo, Procedimiento administrativo. Otros Estudios, p. 541/553/557. 2da. Edición Lexis Nexis, Buenos Aires, Año 2003.

60 TAWIL, GUIDO SANTIAGO y MONTI, LAURA MERCEDES, *La motivación del acto administrativo*, p. 9 y siguientes. Depalma. Buenos Aires. Año 1998.

61 FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad de la Administración*, p. 82. Ediciones Civitas, Madrid, Año 1994.

62 ARTÍCULO 18 de la Constitución Nacional Argentina, Artículo 1° inciso f) de la Ley n° 19.549 de Procedimiento Administrativo Nacional, principio del debido proceso adjetivo. En este sentido la jurisprudencia ha resuelto que, toda decisión administrativa que afecte derechos de los particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego, como son entre otras las tuteladas por los artículos. 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional puesto que se trata de una exigencia que por imperio legal es establecida como elemento-condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, "Nefes, Mirta Noemí vs. Jefe de Gabinete de Ministros s. Empleo público"; Abril, 10-de 2007; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCAF; RC J 15350/09.

63 La falta de motivación « causa, en la generalidad de los casos, su nulidad absoluta ». GORDILLO, AGUSTÍN. *Procedimiento Administrativo*, p. 128 2° Edición. Lexis Nexis. Buenos Aires. Año 2006.

se considere que el acto ha sido dictado por el órgano competente y en ejercicio de facultades implícitas propias, aún así es alcanzado por los principios republicanos que imponen a la Administración dar cuenta de sus actos, por los recaudos exigidos para permitir que éstos puedan ser impugnados por quienes se vean afectados en sus derechos y por la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad[64].

La doctrina y jurisprudencia ha coincidido en aceptar que la motivación puede ser concomitante o contemporánea con la expresión de la voluntad o anterior a tal expresión apareciendo ésta, en último caso, en las etapas del proceso de formación de la voluntad administrativa.

Así, se ha sostenido que la motivación se debe efectuar en el propio texto del acto administrativo, que debe estar expresada contemporáneamente con la emisión del acto, en simultáneo, pero también estar expresada previamente por resultar de informes o dictámenes que sean expresamente invocados[65].

Por el mismo camino, Hutchinson sostiene que la motivación debe ser concomitante al acto, aunque en algunos casos puede admitirse la motivación previa, si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados y agrega que excepcionalmente el vicio de la falta de motivación podrá ser suplido por una motivación ulterior, siempre que ella sea suficientemente desarrollada[66].

Es decir que la motivación suficiente podría obrar en informes o antecedentes que permiten igualmente conocerla, de modo que la motivación puede ser no contextual o *in aliunde (*cuando aparece en un escrito distinto del acto que supuestamente motiva)[67]*,* con fundamento, v.gr. que el procedimiento de selección del contratante estatal debe ser considerado en su totalidad y no de manera aislada la etapa de adjudicación, ya que se trata de un mismo procedimiento, como así lo sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación al dictaminar que, aun cuando ella no esté contenida en un acto administrativo, se debe considerar que existe motivación suficiente – a pesar el defecto técnico que ello significa – si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad, y no aisladamente, porque son partes integrantes de un procedimiento, y como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí[68].

Con razonamiento similar, la jurisprudencia para interpretado que para reputar cumplido el requisito de adecuada motivación, en el caso de fundamentación integrativa, es necesario que se hallen reunidos los siguientes recaudos: que, el acto resolutorio debe transcribir el texto íntegro o, en su defecto, hacer mérito en forma clara de los dictámenes o informes en que se funda; que,

---

64 Nahass, Alberto vs. Municipalidad de Villa Gobernador Gálvez s. Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Corte Suprema de Justicia, Santa Fe; 27-11-2002; Secretaría de Informática del Poder Judicial de Santa Fe; RC J 6915/95.

65 DIEZ MANUEL MARÍA *Derecho Administrativo* T. II. P.323 Ediciones Plus Ultra Año1976.

66 HUTCHINSON, TOMÁS, ob. cit. p.77.

67 TAWIL, GUIDO S. y MONTI, LAURA M. *La motivación del acto administrativo*, p. 66. Ediciones Depalma, Buenos Aires. Año 1998.

68 Procuración del Tesoro Nacional, Dictámenes 100.205; 103-105, 191-25; 199-427; 2009-248,209.248; 156-467, entre muchos.

tales actos preparatorios deben, a su vez, reunir los requisitos de legalidad aplicables y, en particular, los inherentes a la motivación suficiente exigible al acto resolutorio pues, de lo contrario, la decisión no satisfaría la exigencia de la motivación; que si la resolución se remite a varios actos preparatorios sin detenerse a ponderar lo que cada uno de ellos aconseja, propicia o recomienda, entonces, para reputarla congruentemente motivada, la solución propiciada y los fundamentos esenciales de todos ellos deben ser concordantes y que el interesado debe haber tenido acceso o ser notificado de los dictámenes o informes a los cuales se remite o habrá de remitirse el acto administrativo resolutorio, previa o juntamente con éste[69].

En rigor, la motivación de las decisiones discrecionales, como lo es el acto administrativo de adjudicación contractual, es una garantía que hace al cumplimiento de los fines de interés público que persiguen los órganos estatales y se deben exteriorizar al momento de emitirse el acto administrativo[70].

No comparto, la posibilidad que tratándose de un acto administrativo que en definitiva esta decidiendo con que sujeto va a contratar la Administración Pública, utilizando fondos públicos, que tiene obligación de administrar con transparencia, razonablemente, con eficiencia y eficacia, pueda motivar no contextualmente o *in aliunde* el acto administrativo de adjudicación, es decir, la

---

69 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, BUENOS AIRES: "M., A. vs. Municipalidad de La Matanza s. Demanda contencioso administrativa", Febrero, 13 de 2008. Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, C J 13956/09. La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, se ha pronunciado admitiendo, bajo ciertas condiciones, la validez de la motivación *"per relationem"* -es decir, por remisión-, en el caso, al decreto de cesantía, entendiendo que ésta cumple los requerimientos del artículo 95 de la Constitución Provincial, si los actos a que se remite son señalados en forma precisa, son fácilmente individualizables y contienen, a su vez, motivación suficiente. "Cueva, Raúl José vs. Municipalidad de Esperanza s. Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción".Julio 7 de 2004; Secretaría de Informática del Poder Judicial de Santa Fe; RC J 5900/95. En igual sentido en "Villar", Autos y Sentencia T. 84 p. 362; "Troane", Autos y Sentencia T. 97 p. 49; "Moyano", Autos y Sentencia T 96 p. 133; "Del Pozo", Autos y Sentencia T. 115 p .28; "Delssín", Autos y Sentencia T. 122 p. 1.

70 Resultan ilustrativos los conceptos vertidos por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe, en su Dictamen n° 1244, Octubre 15 de 2004: "En ese orden ha dicho caracterizada doctrina que: "La motivación ha sido definida como la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo. Se ha sostenido, asimismo, que la medida de los motivos y su determinación resulta incidida, a su vez, por otro elemento del acto administrativo: la finalidad La definición propuesta permite advertir la existencia de dos conceptos íntimamente ligados: el motivo y la motivación de los actos administrativos. El motivo es el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa. Por su parte, la motivación es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con las disposiciones de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad" (Guido Santiago Tawil y Laura M. Monti, "La motivación del acto administrativo", Ed. Depalma, 1998, pág. 1/2). También la Jurisprudencia lo ha dicho claramente, "La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan "considerandos". La constituyen por tanto los "presupuestos" o "razones" del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que se sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión La motivación del acto, es decir las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y 16 alcance por constituir un elemento esencial del mismo" (CNCiv., Sala F. 25/8/81, Perón Juan D. Suc." J.A. 1982-IV-204). "Debe ser auténtica y satisfactoria explicación de las razones e emisión del acto. No se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de los motivos del acto con ello no se busca establecer formas por las formas mismas, sino preservar valores sustantivos y aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales De su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto" (CNCiv. 6/12/93, "BOAGLIO, Carlos J:A: v. Municipalidad de Bs. As." J.A. 22.06.94)".http://www.santa-fe.gov.ar/fiscalia/dictamen/consulta.php.

que surge del expediente (formalidades previas) donde tramita el procedimiento administrativo de selección del contratante ni tampoco la que se produce *ex post* facto. Si la Administración pudiera motivar el acto a posteriori se desvirtuaría la exigencia y las consecuentes garantías de los oferentes participantes, además de la afectación en que se incurriría con relación a los principios que informan todo procedimiento administrativo[71].

Sin duda alguna, la motivación como elemento esencial, adquiere preeminencia en el caso del acto de adjudicación, por tratarse de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, donde la Administración debe explicar, con más cuidado que en otros caso, por qué al analizar el estándar de adjudicación (oferta más conveniente, más ventajosa o mejor) emite su decisión en un sentido o no otro, explicando además la razonabilidad de la medida adoptada[72].

La jurisprudencia por su parte ha sido conteste en señalar que, el objetivo de otorgarle una adecuada protección a los derechos individuales, de conformidad con el principio de legalidad de la actuación de los órganos estatales en el ejercicio de las facultades discrecionales lleva implícito el deber de una mayor motivación del acto (definida como la explicitación de la causa), es decir de la declaración de cuáles son las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictarlo, y que se encuentran contenidas en los fundamentos que sustentan el dictamen jurídico previo[73].

La jurisprudencia, completando lo dicho, ha expresado que, la motivación del acto administrativo aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad de la actuación de los órganos estatales y que, asimismo, traduce una exigencia fundada en conferir mayor protección a los derechos individuales, por lo que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto[74].

Es preciso en este tema tener presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando indica que, en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo[75] y que,

---

71 ARTICULO 1° LEY n° 19.549 Nacional de Procedimiento Administrativo, "eficacia en los trámites", inciso b) "derecho a una decisión fundada", inciso f) del debido proceso adjetivo. En igual sentido MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, T° II, p. 657. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Año 1984.

72 Por principio, la motivación del acto administrativo debe contener una relación de las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron la emanación del acto. Pero no es necesaria una relación analítica o circunstanciada: basta una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa. A su vez, cuando la norma legal aplicable es suficientemente comprensiva, en el tema que nos ocupa, no basta su mera referencia, para surtir efectos de motivación, requiere siempre la explicación clara y razonada de la elección de la oferta más ventajosa o conveniente para el interés público.

73 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV "*Rainelli, Marcela Sandra vs. Estado Nacional y otros s. Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad".* Febrero 25 de 2016. Rubinzal Online; RC J 1509/16.

74 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala III "*Peralta, Carlos Luis vs. Estado Nacional ¬ Poder Judicial Nacional Consejo de la Magistratura ¬ Resol. 122/04 (Ex 38/03) Concurso 93 s. Amparo Ley 16986*". Abril, 26 de 2006; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCAF; RC J 25235/09

75 Fallos: 324:1860, *in re*: *'Lema'*.

dicha exigencia [la motivación] no podría ser obviada, aun cuando – como ocurre en el caso – se invocase el ejercicio de atribuciones discrecionales, pues como lo ha sostenido el Tribunal, dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549; obliga a una observancia más estricta de la debida motivación (Fallos: 324:1860 y los allí citados), y no puede llevar a confundir la discrecionalidad en el actuar de la Administración con la irrazonabilidad de su proceder[76].

En cuanto a la necesidad de la motivación, el voto en disidencia dentro de la causa "González Vilar", es categórico al expresar que, "... requerir la motivación explícita como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno. Antes que un mero formulismo, la mención expresa de las razones y antecedentes – fácticos y jurídicos – determinantes de la emisión del acto se ordena a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa"[77].

Por ello, la exigencia de fundamentación del acto, la valoración de la razonabilidad de lo decidido en el acto de adjudicación es una cuestión primaria e imprescindible para la validez del acto, no es un requisito más, es la exigencia de una expresa, razonada y explícita fundamentación donde el órgano estatal deba argumentar por qué la Administración considera que en virtud de la propuestas presentadas, una de ellas es la más conveniente.

El requisito de motivación del acto de adjudicación, sumado al principio de razonabilidad de todo acto estatal, promueve a la necesidad de dejar sentado que las concretas razones que ofrece el funcionario como fundamento de su decisión demuestran que la propuesta elegida era la razonablemente válida y más ventajosa.

De manera tal que quede acreditado en el mismo acto que el órgano emisor de éste, de entre las distintas ofertas o propuestas posibles, elije la más ventajosa, la que resulta plenamente compatible con el objeto del contrato y más conveniente al interés público, sin perseguir encubiertamente otros fines distintos de los que justifican el acto.

IV. A modo de reflexión final

En los párrafos precedentes he intentado comentar conceptos e ideas que fundamentan la necedad de motivar el acto de adjudicación contractual, las que podrían quedar sintetizadas en las siguientes proposiciones:

---

76 Ver Causa N° S.2488, L.XLI - "*Schnaiderman Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la presidencia de la nación (recurso de hecho)*" - CSJN – Abril, 8 de 2008 Fallos: 331:735 (elDial - AA473E)

77 Disidencia de los Dres. Ricardo Levene (h.) y Eduardo Moliné O'Connor, Considerando 5, "*González Vilar, Carmen c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires".* Fallos 314:625, 18 de junio 18 de 1991.

Que la motivación del acto de adjudicación contractual es una obligación legal, de manera que debe expresarse en el mismo en forma concreta las razones que inducen a emitirlo, consignando como hechos y antecedentes que les sirven de causa, el contenido de la oferta seleccionada y su intima relación con el derecho aplicable, que además del ordenamiento jurídico que regula las contrataciones públicas y el objeto del contrato que en particular se trate, son los pliegos y bases de condiciones que a modo de espejo, permiten visualizar en él la propuesta seleccionada.

Que esta exigencia como explicación razonada de la adjudicación, es establecida como elemento esencial y condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho, pero también desde el punto de vista del oferente o futuro contratante estatal se traduce en una exigencia fundada en conferir una mayor protección a los derechos individuales.

Que los principios republicanos imponen a los órganos del Estado, con especial énfasis a la Administración Pública a dar cuenta de sus actos y en la motivación del acto administrativo de adjudicación contractual el órgano estatal no sólo cumple con la obligación republicana de dar cuenta de sus decisiones, sino que, además, encuentra el ciudadano la explicitación razonada de la valoración que lo afecta.

Que lo señalado precedentemente es consecuencia de un proceder claro en las contrataciones públicas porque existe un interés general, propio de la comunidad en que las gestiones de la Administración Pública se encuentren impregnadas 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.

Que, la adecuada motivación de la adjudicación contractual supone la salvaguardar del principio de seguridad jurídica y la protección de intereses generales, marco de referencia insoslayable dentro del cual deben desarrollarse indefectiblemente, todas las gestiones administrativas, permitiendo así el desenvolvimiento adecuado del tráfico jurídico y garantizando la confianza de los ciudadanos en su funcionamiento.

Que la motivación de las adjudicaciones contractuales no debe ser contemplada como restricciones a la libertad de elección del contratante, debe ser interpretado como una garantía para una mejor y transparente gestión pública y como una oportunidad que los ciudadanos adviertan que con las contrataciones públicas únicamente se busca la satisfacción de los intereses colectivos.

Que la motivación hace a la buena administración pública, mostrándose como deber aquella y derecho de los oferentes o licitadores, destacándose como tal, dentro de la gestión de las contrataciones, la adjudicación, que expresión del ejercicio de la actividad discrecional debe estar argumentado, razonado, motivado.

Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración Pública es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos[78].

---

78 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME. *" El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas".* Del texto de la intervención del autor en el seminario que sobre el Derecho a la buena administración pública, organizado en Avila los días 19 y 20 de marzo de 2007 la Escuela de Administración Pública de Castilla-León. elDial.com - Biblioteca Jurídica on line. htpps.www.eldial.com. Citar: elDial DCB0A - Publicado el: 13/04/2007.

Por último, para estar en condiciones de determinar si el acto administrativo de adjudicación contractual es irrazonable o no, tenemos que verificar primeramente si está debidamente motivado, acudiendo a otros parámetros, a pautas típicas de un test de razonabilidad, juzgando la necesidad de la decisión y del balance entre los costos y beneficios de su adopción, para verificar la consistencia o coherencia intrínseca de la decisión administrativa de adjudicación.

Las adjudicaciones contractuales, por ende, deben estas fundadas en el ordenamiento jurídico vigente, afianzadas en razones de hecho y de derecho y lo suficientemente motivadas, como una manera genuina de explicar y acreditar el correcto ejercicio de las potestades públicas.

MOTIVACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN CONTRACTUAL

Cristina Vázquez[1]

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; I. MOTIVO Y MOTIVACIÓN; II. LA MOTIVACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; III. LA MOTIVACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO; IV. LA MOTIVACIÓN EN LA DOCTRINA, a) Sobre el fundamento de la motivación, b) Sobre la motivación *"in aliunde"* y ulterior o póstuma, c) La motivación y el principio de interdicción de la arbitrariedad, d) Sobre el carácter esencial de la motivación, e) Sobre las características exigidas a la motivación; f) En particular, sobre actos ilógicamente motivados; V. LA MOTIVACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA RECIENTE; VI. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

La motivación de los actos administrativos constituye verdadera piedra angular en la construcción de una Administración garantista de los derechos de las personas.

Creemos con Coviello y con el iusfilósofo español Igartúa Salaverría[2] que *"… la motivación (suficiente) –en cuanto justificatoria de una decisión– es el santo y seña de cualquier proceder razonable, o sea la única garantía para proscribir la arbitrariedad. Nada menos".*

---

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Uruguay); Master en Ciencia de la Legislación y Governance Política de la Universitá di Pisa (Italia); Posgrado en Utility Regulation and Strategy de la University of Florida (USA); Posgrados en Gestión de las Energías Renovables y El Sector de Petróleo y sus Derivados del Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico (CEDDET); Posgrado en Defensa de la Competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia (España); Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de la República (Uruguay); Director del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, y Profesor de Procedimientos Administrativos, Regulación y Competencia, y Derecho de la Energía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; Profesor Invitado de Master en Economía y Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona (España); Integrante del Consejo Editorial de la Revista de Derecho y Tribunales; Integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA); Integrante Académica Supernumeraria de la Academia Nacional de Economía; autor de libros y artículos sobre temas de la especialidad.

2 IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan –Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional, Madrid, 1998, p.13, citado por COVIELLO, Pedro, J.J. - La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales, en http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-coviello-motivacion.pdf

En sentido similar, señala Jinesta Lobo[3] que las Administraciones públicas están, en el contexto del Estado democrático y constitucional de Derecho, más necesitadas que nunca de explicarse y darse a entender frente a los ciudadanos. Estos esperan, a su vez que, al tomarse una decisión, *"sea lo suficientemente fundada y razonada, para comprender los verdaderos fines y propósitos de la misma y, eventualmente, hasta para prestar su colaboración en su debida implementación o ejecución (gobierno y administración por consenso). Las administraciones públicas deben ser casas de cristal, traslúcidas y transparentes, de tal manera que el ojo fiscalizador ciudadano pueda penetrar y escrutar todos sus intersticios y, si es necesario, demandar mayores explicaciones de las actuaciones tomadas*…"

Se ha caracterizado a la obligación de motivar como un Principio General del Derecho Administrativo[4], que integra la garantía del debido procedimiento. También se ha identificado, como contracara de dicha obligación, el derecho a la motivación como verdadero derecho inherente a la personalidad humana, de cumplimiento necesario para la plena vigencia del Estado de Derecho.

En este trabajo partiremos de examinar los conceptos de *"motivo"* y "*motivación*", para ingresar a continuación en el análisis de la aludida perspectiva de la obligación de motivar, como Principio General del Derecho.

Realizado tal encuadre, revisaremos algunos aportes de la doctrina comparada al tema, así como la recepción del principio en el Derecho Positivo y la jurisprudencia uruguayos, en particular en materia de adjudicación contractual.

I. MOTIVO Y MOTIVACIÓN

Como bien explica Real[5], *"la garantía de la motivación creada por el constitucionalismo liberal para las sentencias judiciales, se aplica hoy a las decisiones administrativas, al extenderse a ellas la racionalización del poder, coetánea con los intentos de abolir los resabios del absolutismo en la administración."*

Respecto de la motivación de las sentencias judiciales, el Vocabulario Jurídico de Couture la define *como "conjunto de razonamientos, de hecho y de derecho, en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los considerandos de la sentencia"*. Este autor, en sus Fundamentos del Derecho Procesal Civil, señala que se trata de un requisito que permite fiscalizar la actividad intelectual del juez frente al caso, para comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de circunstancias particulares y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.[6]

---

3 JINESTA LOBO, Ernesto - Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de las Administraciones Públicas, en https://www.google.com.uy/search?q=jinesta+lobo+motivaci%C3%B3n&oq=jinesta+lobo+motivaci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57.3491j0j7&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8

4 Postura ya adoptada por nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia Nº 167 de 21 de julio de 1978.

5 REAL, Alberto R. – La fundamentación del acto administrativo, en LJU, Tomo 80, Cita Online: UY/DOC/78/2009.

6 COUTURE, Eduardo – Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Bs. As., 1969, ps. 542 y ss.

En sentido similar, aunque en relación con la fundamentación de los actos administrativos, expone Cassagne[7], citando a Tomás Ramón Fernández, que la obligatoriedad de la motivación permite deslindar discrecionalidad de arbitrariedad, y tiene que ver con la tutela judicial efectiva.

En tanto el motivo ha sido definido en general como el conjunto de *"las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo"*[8], la motivación lo ha sido como la exteriorización de ese motivo o, en palabras de Durán: "*la expresión del motivo que fundamenta el acto*"[9]. En tal sentido, se ha observado que el motivo constituye un elemento de la sustancia del acto administrativo mientras la motivación tiene que ver con su forma.

Ello no obsta a la relevancia o esencialidad de la motivación ya que, como ha observado la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en fallos 315:106 y 329:5903: "*en las formas se realizan las esencias*".

Cajarville[10] ha caracterizado al motivo como un presupuesto de hecho del acto administrativo: acaecimiento del supuesto previsto en la norma (junto al presupuesto de procedimiento y al presupuesto de Derecho: norma atributiva de competencia al órgano actuante). Como tal, es una circunstancia extrínseca al acto que debe existir en el momento en que éste se perfecciona, condicionando su validez o su eficacia. Para el autor, los presupuestos del acto se distinguen de los elementos esenciales, que son circunstancias intrínsecas, componentes, aquello de lo que el acto está formado, que lo integran, lo constituyen, y se vinculan con su perfeccionamiento, nacimiento a la vida jurídica: materia y forma. También en esta perspectiva es perfectamente distinguible el motivo –circunstancia extrínseca que condiciona la validez o eficacia de la decisión– de la motivación, circunstancia intrínseca atinente a la forma del acto, que lo constituye y se vincula con su perfeccionamiento.

El motivo del acto administrativo puede verse afectado por vicios que consisten en su inexistencia o en una errónea apreciación del mismo.

Por su parte, los vicios de la motivación son la ausencia de la misma o su insuficiencia con el alcance que se analizará "*infra*".

A pesar de lo diáfano de la distinción conceptual entre motivo y motivación, es observable, al examinar la jurisprudencia en la materia que, con frecuencia, son identificados como vicios en la motivación, aquellos defectos o irregularidades que en puridad afectan más bien a los motivos que a la motivación misma. Ello se explica porque, como podrá apreciarse en el análisis que realizaremos sobre dicha jurisprudencia, normalmente los vicios en el motivo del acto contaminan la expresión o exteriorización del mismo.

---

7 CASSAGNE, Juan C. – La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial, en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial,.pdf

8 SAYAGUÉS LASO, Enrique – Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 9ª edición, Mont., 2010, p. 454. Algunos autores hablan de "*causa*" en lugar de "*motivo*", pero en nuestro país la mayoría de la doctrina ha optado por esta segunda expresión.

9 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto – La obligación de motivar: un principio general de Derecho Administrativo, en Estudios de Derecho Administrativo, Parte General, Mont., 1999, p. 65.

10 CAJARVILLE, Juan P. - Invalidez de los actos administrativos, en Dos estudios de Derecho administrativo, Mont., 1988.

Otro aspecto interesante a tener en cuenta es que, como se verá, parte de la doctrina incorpora en el alcance del vocablo "*motivación*", a la expresión de la finalidad perseguida, además de la que refiere a las circunstancias de hecho y de Derecho. Este aspecto de la finalidad se encuentra expresamente aludido en relación con la motivación del acto, en el artículo 124 del Decreto Nº 500/991 de 27 de setiembre de 1991, que se analiza más adelante.

II. LA MOTIVACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Según hemos señalado "*supra*", la obligación de motivar las decisiones administrativas constituye piedra angular en la construcción de una Administración garantista de los derechos de las personas: Principio General de Derecho que forma parte fundamental del principio de debido procedimiento, cuya contracara es el derecho humano a la motivación.

Hemos observado con anterioridad[11] que, en el tema de los Principios Generales de Derecho, como ocurre en muchos otros del Derecho generalmente abordados por la Teoría General, tiene lugar la vieja y siempre actual batalla entre positivistas y partidarios de la Escuela del Derecho Natural o jusnaturalistas.

Hans Kelsen[12], uno de los más conspicuos representantes del positivismo jurídico, critica al jusnaturalismo jurídico, tanto en su concepción teológico-religiosa como en la que sostiene la existencia de reglas inmanentes a la naturaleza. Llega a calificar a la visión jusnaturalista en esta segunda vertiente, de *"superstición animista"*, en cuanto pretendería adjudicar voluntad creadora de Derecho a la naturaleza, ya que las normas tienen que ser creadas por una voluntad. Por otro lado, objeta la vertiente teológico-religiosa del jusnaturalismo, afirmando que *"… el positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho …"* A continuación formula una aseveración que puede ser tomada como el paradigma de la visión positivista del Derecho: *"… el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes…"*

No obstante, declara, y aquí puede verse el talón de Aquiles de su construcción teórica, *"… una doctrina positiva del derecho reconoce el fundamento de validez de un orden jurídico positivo no en las múltiples normas de justicia, puesto que no puede dar preferencia a ninguna de ellas, sino en la ´norma fundamental´ hipotética, esto es: presupuesta en el pensamiento jurídico. De acuerdo con ella debemos conducirnos y tratar a los hombres como corresponde a la primera constitución histórica, eficacia en general, sin tener en cuenta si el orden erigido con arreglo a esa constitución corresponde o no a alguna norma de justicia. En tanto que la cuestión versa sobre la validez del derecho positivo, no entra en consideración ninguna otra norma que esa norma fundamental, en*

11 VÁZQUEZ, Cristina - Las fuentes del Derecho Administrativo con especial consideración de los Principios Generales de Derecho, en Revista de la Universidad de Montevideo, año XIII (2014), Nº 25, en homenaje al Profesor Mariano Brito.

12 KELSEN, Hans – La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, en Revista Jurídica de Buenos Aires, nº 4, Bs As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1961.

particular, ninguna norma de justicia." Y todavía agrega: *"Esta norma, la norma fundamental, no es una norma positiva, ´puesta´ (gesetzt) por un acto de voluntad de una autoridad jurídica, sino una norma ´presupuesta´ en el pensamiento jurídico. Su presuposición es condición –en el sentido de Kant: condición lógico-trascendental– bajo la cual un orden jurídico positivo es considerado válido."* En definitiva, en cuanto refiere a esa norma fundamental como "*norma presupuesta*" y no "*puesta*", su teoría termina siendo por lo menos tan cuestionable desde el punto de vista del *"positivismo empírico-científico"* en el que pretende pararse, como aquellas otras concepciones que critica.

Por oposición a la visión positivista del Derecho, puede decirse que, más allá de matices entre corrientes o pensadores específicos, el enfoque jusnaturalista postula la existencia de un Derecho Natural que es[13]: a) uno e idéntico en todos los tiempos y lugares, b) cognoscible con facilidad y certeza por todos los hombres[14], c) tan antiguo como la humanidad, d) no necesariamente contenido en las leyes escritas, e) indeleble e inalienable, f) formalmente inmutable en cuanto a su rectitud y valor jurídico, g) inderogable, h) que no admite dispensa, i) con igual fuerza obligatoria y normativa para todos los hombres en todos los tiempos y lugares. En la concepción jusnaturalista, los Principios Generales de Derecho serían aquellos que informan ese Derecho Natural.

Los distintos autores listan principios encuadrables dentro de la categoría "*Principio General del Derecho*", resultando observable que las nóminas son tan numerosas y diversas como los autores que las formulan, si bien entre ellas es posible hallar coincidencias importantes. La dificultad para convenir en una nómina compartida por toda o gran parte de la doctrina nos recuerda la dificultad para convenir en el concepto de "*acto de gobierno*", que tuvo como uno de sus hitos la lista de actos de gobierno de Waline.

El artículo 72 de la Constitución uruguaya dispone: *"La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno."* Es así que la Carta está reconociendo la existencia de derechos, deberes y garantías que, aun no incluidos a texto expreso en sus disposiciones, son *"inherentes a la personalidad humana"*.

Quienes adhieren al pensamiento jusnaturalista opinan que, aquí, la Constitución alude a los principios que reúnen los caracteres antes enunciados, asequibles a todo hombre en todo momento y lugar, por su racionalidad, existentes y vinculantes de cualquier forma más allá de este texto en particular. Su jerarquía es por ello supraconstitucional. Para los positivistas, en cambio, esta norma positiviza los principios propios de la estimativa jusnaturalista y su fuerza vinculante dimana exclusivamente de su recepción en el texto constitucional, siendo su valor y fuerza los de la propia Constitución.

---

13 Conf. TERCEIRO-MUIÑOS, R. – El Derecho de Gentes o Natural en Santo Tomás de Aquino, Univ. Católica de Cuyo, A.S. MMVII.

14 Este Derecho Natural es cognoscible por hallarse expresado y contenido en los primeros principios de la "*sindéresis*" (sentido moral que informa la conciencia y el obrar humano para Aristóteles, hábito innato del intelecto que guarda los primeros principios para Santo Tomás de Aquino) así como en las conclusiones deducidas de dichos principios.

Por nuestra parte, hemos adelantado que observamos cómo se desmorona el edificio positivista kelseniano, cuando se lo despoja de su "*presupuesta norma hipotética fundamental".* La perspectiva jusnaturalista también ostenta debilidad cuando se propone identificar los Principios Generales de Derecho, incurriendo sus cultores en múltiples y diversas nóminas de ellos.

¿Dónde hallar esos Principios Generales de Derecho *"inherentes a la personalidad humana"*?

En nuestro tiempo, y en el mundo occidental que integramos, parecen confluir los enfoques positivista y jusnaturalista, en lo que cabe bajo el paraguas del *"régimen jurídico de los derechos humanos"*. Múltiples normas nacionales e internacionales proceden a enumerarlos y órganos de diversa naturaleza también nacional e internacional se abocan a protegerlos.

Cabe mencionar como hito en dicho camino, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. A partir de allí, Principios Generales de Derecho en garantía de Derechos fundamentales, consagrados en multiplicidad de textos positivos nacionales e internacionales, constituyen entonces, en nuestro tiempo y cultura, un punto de confluencia de los pensamientos positivista y jusnaturalista.

Sin embargo, como observa Brito[15], el antagonismo entre positivismo y jusnaturalismo jurídico seguirá vivo en los ámbitos en que el Derecho positivo no recoja tales derechos y garantías.

Colocada en la disyuntiva de tener que optar entre la "*metafísica de la norma hipotética fundamental*" y la de un Derecho Natural que es expresión y custodia de los principios inherentes a la personalidad humana, allí donde ellos no sean reconocidos, creemos que la opción no puede ser otra que la de alinearnos en estas últimas filas.

En definitiva, acusados que seamos de abandonar el terreno del puro Derecho para pisar el no jurídico de la moral, reflexionamos con Lombera Pallares[16]: *"Un austríaco, Hans Kelsen, elaboró la Teoría Pura del Derecho, que es indudablemente la exposición más brillante de las doctrinas del positivismo jurídico, y con sus argumentos pareció haber enterrado el cuerpo ya descompuesto del derecho natural. Otro austríaco, Adolfo Hitler, resucitó el cadáver y logró devolverle su juventud perdida. Los argumentos de Hitler no eran ni lógicos ni inteligentes, pero lograron convencer a los juristas del mundo occidental. El ´fuhrer´ demostró ampliamente que un régimen criminal y monstruoso podía ser perfectamente legítimo, y que era posible cometer las más viles acciones dentro del marco de la legalidad. Los juristas se preguntaron si el régimen nacionalsocialista era un régimen de derecho. Desconcertados por la respuesta afirmativa del positivismo, tuvieron que volver sus ojos hacia el casi olvidado derecho natural."*

A partir de lo expresado procede consignar que, en cuanto Principio General del Derecho, la obligación de motivar regiría en el Derecho positivo uruguayo aunque fuera derogada la disposición que la recoge.

---

15 BRITO, M. - Derecho Administrativo - permanencia, contemporaneidad, prospectiva, Mont., 2004.

16 LOMBERRA PALLARES, Enrique - Derecho natural clásico y positivismo jurídico, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/81/dtr/dtr8.pdf

III. LA MOTIVACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO

La obligación de motivar las decisiones puede encontrarse en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico uruguayo. En este trabajo nos centraremos en las consagradas en la Constitución y en las normas de procedimiento administrativo, en particular en el procedimiento de los contratos del Estado.

Al estudiar los Principios Generales del Derecho que son rectores del procedimiento administrativo, Cajarville distingue entre aquellos que tienen el carácter de principios generales del ordenamiento, de los que son específicos del procedimiento administrativo.[17]

Entre los primeros incluye el de debido proceso, consagrado en el artículo 66 de la Constitución[18] (una de cuyas manifestaciones es el debido procedimiento, enunciado en el literal i) del artículo 2º del Decreto Nº 500/991 de 27 de setiembre de 1991), el derecho al honor y a la dignidad y la presunción de inocencia (artículos 170, 171, 174 y 210 del Decreto Nº 500/991), el de imparcialidad (artículo 3º del mismo Decreto), el derecho a la seguridad que se manifiesta en la prescripción de las faltas y en el "*non bis in idem*" (artículos 172 y 173), y los principios de buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario (artículo 2º, literal k).

Entre los principios específicos del procedimiento administrativo, Cajarville menciona la legalidad objetiva, la verdad material, la impulsión de oficio, la delegación material y los principios relativos a las formalidades, todos ellos también enunciados en el artículo 2º del Decreto Nº 500/991.

Dicho Decreto Nº 500/991 explicita el contenido del debido procedimiento en el artículo 5º, en el que alude al derecho del interesado a un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones. Supone, además, el derecho a ser oído antes de la decisión, a ser notificado de la existencia del procedimiento, a conocer el contenido de las actuaciones, a comparecer en ellas con el patrocinio letrado que se estime necesario, y al diligenciamiento de la prueba admisible, pertinente y conducente. Comprende, asimismo, el principio de contradicción o contradictorio integral (artículo 2º, literal j), 17 y 153).

Ya específicamente en materia de contratación, el artículo 149 del TOCAF reitera varios de los principios aludidos, y menciona, además, los principios de *"B) Publicidad, igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas, C) Razonabilidad,… G) Veracidad salvo prueba en contrario y H) Transparencia*[19]*".*

En especial, integra el principio rector de debido procedimiento, el de motivación de la decisión, expresamente enunciado en el artículo 2º, literal l) del Decreto Nº 500/991, luego desarrollado en los artículos 123 y 124 del mismo Decreto.

El artículo 123 ordena:

---

17 CAJARVILLE, Juan P. - Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991, Montevideo, 1997.

18 *"Ninguna investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerará concluida mientras el funcionario inculpado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa".*

19 Este principio también se incluye en el artículo 1º del nuevo TOCAF, en lo que Alberto SAYAGUÉS denomina "*una buena redundancia*" (Reformas al sistema de compras estatales, Mont., 2011).

"Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada."

Por su parte, el artículo 124 impone que todo acto administrativo conste de una parte expositiva y una dispositiva. Y para la expositiva dispone que la misma debe contener, además de un "*Visto*", que sitúe la cuestión objeto del acto: D E 5206.

"Uno o varios "Resultandos" puestos a continuación del "Visto", en los que se deben exponer los hechos que constituyan los antecedentes del acto administrativo de que se trate" y "Uno o varios "Considerandos", en los que se desarrollan los fundamentos de derecho, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguida", así como "Un "Atento", en el que se citan o se hace referencia a las reglas de derecho y a las opiniones o asesoramientos recabados en que el acto se fundamenta."

Se desprende de lo expresado que nuestro ordenamiento jurídico recibe el Principio General de Derecho Administrativo que impone la obligación de motivar con su correlativo derecho a la motivación de todos los actos administrativos sin distinción.

El ordenamiento va incluso más allá, indicando las características que debe tener esa motivación, la que no puede agotarse en una fórmula general de fundamentación (llamadas en el Derecho francés fórmulas "*passe-partout"* o comodines que sirven para cualquier situación), sino que debe cumplir con realizar una relación de los hechos del caso específico de que se trate, de manera directa y concreta.

Además de esa relación directa y concreta de los hechos, debe exponer las razones particulares del caso, que justifican la decisión.

Vale decir, que no solo importan los hechos y el Derecho aplicable, sino que también es imprescindible explicitar el proceso lógico seguido para concluir en el acto administrativo, a partir de esos hechos y ese Derecho.

Tanta relevancia se asigna a la motivación, que la norma se toma el cuidado de describir cómo debe redactarse el acto administrativo para cumplir con la misma, incluyendo uno o varios *"Resultandos"* en los que se expongan los hechos antecedentes de la decisión, así como uno o varios *"Considerandos"* en los que se desarrollen los fundamentos de Derecho, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguida. También en el *"Atento"* se incluirán las reglas de Derecho y opiniones o asesoramientos recabados y que fundamentan el acto.

Específicamente en materia de contratos del Estado, la obligación de motivar es recibida también por diversos artículos del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), aprobado por Decreto del Poder Ejecutivo Nº 150/012 de 11 de mayo de 2012, que los regula.

En primer lugar, el artículo 57 refiere a la designación de Comisiones Asesoras de Adjudicaciones *"con el cometido de dictaminar o informar sobre la oferta más conveniente a los intereses del Estado y las necesidades del servicio",* las que propondrán la adjudicación *"mediante pronunciamiento fundado"*. De esta forma, la norma anticipa el carácter fundado que necesariamente habrá de te-

ner la adjudicación, exigiendo que fundado sea su precedente, el pronunciamiento de la Comisión Asesora de Adjudicaciones.

Este temperamento se confirma a continuación, en el artículo 58, que impone el otorgamiento de vista del expediente con posterioridad al pronunciamiento de la Comisión Asesora, en los procedimientos competitivos de contratación cuyo valor alcanza determinados montos que se determinan. En tal caso, el oferente puede formular por escrito las consideraciones que le merezcan el proceso cumplido hasta el momento y el dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones. La norma expresa que la petición que se formule en esta instancia por el oferente será tenida en cuenta al momento de dictar la resolución de adjudicación y que respecto de ella *"debe existir informe fundado."*

Finalmente, ya específicamente en relación con el acto administrativo de adjudicación, el artículo 59 dispone que la adjudicación definitiva de la contratación *"se hará a la oferta que se considere más conveniente, apreciando el dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones sin que sea preciso hacer la adjudicación a favor de la de menor precio, salvo en identidad de circunstancias y calidad. Si la adjudicación no recayese en el oferente u oferentes aconsejados por esa Comisión, deberá dejarse expresa constancia de los fundamentos por los cuales se adopta resolución divergente."*

Es decir que el acto de adjudicación deberá estar siempre motivado, sea que siga el dictamen de la Comisión Asesora, en cuyo caso será allí que encuentre su fundamento, sea que se aparte del mismo, lo que exigirá al ordenador del gasto dejar expresa constancia de las razones de su apartamiento y de los fundamentos de su decisión.

IV. LA MOTIVACIÓN EN LA DOCTRINA

En este apartado haremos referencia a algunos aportes de la doctrina comparada que, según entendemos, enriquecen particularmente el tema de la motivación de los actos administrativos.

a) Sobre el fundamento de la motivación

En trabajo sobre la motivación –que recorre las opiniones de Bielsa, Fiorini, Escola, Diez, Gordillo, Marienhoff, Cassagne, Comadira, Altamira Gigena, Tawil y Monti– Coviello[20] releva la doctrina de la República Argentina en relación con el fundamento del instituto. En tal contexto señala que los diversos autores lo encuentran en la forma republicana de gobierno, en el régimen democrático, como elemento de la juridicidad del acto (alejando todo atisbo de arbitrariedad) y de la razonabilidad de las relaciones jurídicas, así como en la exigencia de una conducta racional en un Estado de Derecho.

A su vez, Coviello afirma que la motivación es hoy una exigencia de la forma republicana de gobierno, que significa transparencia, publicidad, justicia, razonabilidad y veracidad en aras de una paz jurídica, en lo formal y en lo sustancial.

---

20 COVIELLO, Pedro, J.J. - La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales cit.

Real[21], por su parte, destaca la motivación como instrumento para garantizar los derechos de los administrados y la buena administración. Mientras el ser humano no necesita justificar su acción, los órganos del Estado, como creación artificial que son, no tienen otra competencia que la que las normas les atribuyen*. "Por tanto es natural que se exija a las autoridades justificar su competencia, invocar la norma que les atribuye el poder jurídico ejercido. Y es natural que se les exija, además, demostrar que se dan, en el caso concreto, los requisitos de motivo y finalidad que condicionan la validez del ejercicio de ese poder. El derecho del administrado, –que ha dejado de ser el súbdito del príncipe para volverse, como ciudadano, partícipe de la formación de la voluntad del Estado– requiere la justificación legal de la competencia y de su ejercicio racional. El gobierno por persuasión y consentimiento tiende a sustituir, en lo posible, a la dominación coactiva."*

En definitiva, según surge de las opiniones citadas que se comparten, la motivación aparece como un instrumento de enorme valor al servicio del contralor del ejercicio del poder.

En particular respecto de la motivación de la adjudicación contractual y citando a González Navarro, señala Rodríguez Arana Muñoz[22] que la misma es inexcusable como garantía de que la decisión no se tome arbitrariamente sino fundada y razonadamente, y como medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos en que el contenido decisional de todo actuar administrativo debe moverse.

b) Sobre la motivación "*in aliunde*" y ulterior o póstuma

Coviello también realiza un interesante estudio de las modalidades de la motivación, analizando la motivación por remisión a las constancias de las actuaciones administrativas o *"in aliunde",* "*procedimiento válido en la medida que esas constancias permitan conocer los fundamentos de la resolución que se adopta*"; así como la fundamentación *"a posteriori"* o ulterior, inadmisible en cuanto exceda el ampliar o precisar la fundamentación oportunamente realizada.

Respecto de la motivación ulterior, también llamada póstuma, señala Jinesta Lobo[23]: *"La motivación debe ser concomitante con el acto administrativo, excepcionalmente, se admite la motivación previa si surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados como sustento y comunicados".* Y agrega: *"debe ser auténtica y satisfactoria, es decir, una explicación de las razones que llevaron a su emisión"*, no pudiendo limitarse a cumplir con un mero escrúpulo formalista que pueda ser cumplido con la fabricación "*ad hoc*" de los motivos.

Las opiniones de los autores mencionados nos parecen enteramente compartibles tanto en lo que refiere a la motivación por remisión a antecedentes como respecto de la motivación póstuma.

---

21 REAL, Alberto R., ob. cit.

22 RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime – Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas, en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7496/AD_12_art_42.pdf;jsessionid=FDFB54A1D092D01974538EE1004BDEDE?sequence=1

23 JINESTA LOBO, ob. cit.

c) La motivación y el principio de interdicción de la arbitrariedad

Jinesta Lobo, al igual que lo hace Cassagne[24], relaciona la obligación de motivar con el principio de "*interdicción de la arbitrariedad*", "*de acuerdo con el cual la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma."*[25]

Cassagne encuentra la consagración de este principio en los artículos de la Constitución argentina que recogen los principios de legalidad y reserva de Ley, como lo hacen los artículos 7º y 10 de nuestra Carta:

"Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

Artículo 10.- Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

d) Sobre el carácter esencial de la motivación

Concretamente con respecto al principio de motivación, Casagne lo define como *"expresión de las razones y fines que llevan a la Administración a emitir el acto administrativo",* que debe consignar los antecedentes de hecho y de derecho, constituyendo un *"requisito de forma esencial para la validez del acto administrativo en la medida que traduce su justificación racional al plano exterior."* En cita que realiza de Tomás Ramón Fernández, se señala que, en ausencia de motivación, *"el acto aparece en el mundo jurídico como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho"*·

También García de Enterría y Fernández[26] destacan la esencialidad de la motivación, señalando que no es un requisito meramente formal, sino de fondo, *"interna corporis"*. *"Motivar un acto, señalan, es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto."*[27]

---

24 CASSAGNE, Juan C. – La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial cit.

25 Según expresiones contenidas en Voto de JINESTA LOBO en fallo No. 14421-04 de 17 de diciembre de 2004, citado en Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de las Administraciones Públicas, en https://www.google.com.uy/search?q=jinesta+lobo+motivaci%C3%B3n&oq=jinesta+lobo+motivaci%C3%B3n&aqs=chrome..69i57.3491j0j7&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8

26 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1983, p. 524.

27 Ob. cit., p. 523.

En esta misma línea, que tenemos el gusto de compartir, para Real[28] la omisión o defecto grave de la motivación produce nulidad *"por vicio de un elemento esencial del acto, que excede su formalidad y toca su contenido y su racionalidad."*

e) Sobre las características exigidas a la motivación

Una cualidad que suele señalarse como necesaria para una adecuada motivación es la de su "*suficiencia*".

Rodríguez Arana Muñoz[29] indica que la misma debe ser "*expresa*", aunque lo sea por remisión a otra, en particular en la adjudicación contractual, de modo de evitar que la Administración cuente con un cheque en blanco en el dictado de un acto que afecta a los destinatarios con intereses encontrados.

A su vez, a juicio de Real[30], la motivación debe ser *"congruente y exacta, y debe pronunciarse, en favor o en contra, sobre las defensas alegadas por los interesados en el procedimiento previo."*No es suficiente cuando no da razón del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. No es congruente cuando no aparecen los motivos, las normas y razones, como premisas de donde se extrae lógicamente la conclusión. No es exacta cuando los fundamentos de Derecho no se corresponden con las normas invocadas o cuando los hechos considerados no son verdaderos.

En palabras de Durán Martínez[31], la motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de Derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta, y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido.

La cuestión de la suficiencia de la motivación también ha sido relacionada con el llamado "*Principio de Transcendencia*". Así, Pérez Benech[32] señala la recepción de este principio en el artículo 7º del Decreto Nº 500/991, en cuanto dispone:

"Los vicios de forma de los actos de procedimiento no causan nulidad si cumplen con el fin que los determina y si no se hubieren disminuido las garantías del proceso o provocado indefensión."

Con respecto a esta disposición, Cajarville señala que el incumplimiento de la forma no se aprecia en sí mismo, sino con referencia al agravio que produce. La trascendencia se aprecia en relación con el fin propio del acto de procedimiento vicioso y con las garantías del interesado en el mismo y no en relación con la juridicidad material o de fondo del acto final.[33]

---

28 REAL, Alberto R., ob. cit.

29 RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, ob. cit.

30 REAL, Alberto R., ob. cit.

31 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto - Motivación del acto administrativo y buena administración, en AA.VV.: Ética; Estado de Derecho; Buena Administración, Universidad Católica del Uruguay, Mont., 2013, ps. 137 y ss.

32 PÉREZ BENECH, Viviana – Motivación del acto administrativo: Análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Perez-Benech-Motivacion-del-acto-administrativo-Analisis-de-criterios-jurisprudenciales-y-admisiblidad-de-su-omision-alegando-la-reserva-de-las-actuaciones.pdf

33 CAJARVILLE, Juan P. – Procedimiento administrativo común, en Procedimiento administrativo, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie Congresos y Conferencias Nº 5, Mont., 1991, p. 35.

Pérez Benech enumera diversos casos en los que, conforme a alguna jurisprudencia uruguaya, cabría adoptar un enfoque más flexible respecto de la valoración de la suficiencia de la motivación, en aplicación de dicho principio de trascendencia:

I) Cuando la motivación surge de los antecedentes administrativos del acto.

II) Cuando se ha fundado con una mera invocación de la regla de Derecho, si la misma es suficientemente explícita y comprensible.

III) En actos de evaluación de funcionarios.

IV) Cuando se ha cumplido con el principio de defensa y con la finalidad de garantizar el control de juridicidad, con una relación sucinta de las circunstancias, sin necesidad de incluir una analítica o circunstanciada.

V) Cuando la normativa aplicable o la naturaleza del acto (por ejemplo ante la revocación de una encargatura por esencia revocable en cualquier momento) exime de justificación.

VI) Cuando se alega el secreto, la reserva o la confidencialidad de las actuaciones.

Al respecto, entendemos que el cumplimiento de la obligación de motivar puede considerarse cumplido cuando el acto remite de manera clara e inequívoca a los antecedentes administrativos; no así cuando el administrado se ve forzado a realizar un trabajo de exploración en el expediente a efectos de poder extraer del mismo los fundamentos de la decisión. No es al administrado a quien corresponde realizar el proceso lógico de reconstrucción de la reflexión que culmina con el acto administrativo. Es a la Administración a quien, por aplicación de los principios mencionados en este trabajo, compete explicitarlo.

Por las mismas razones, creemos que la Administración debe explicar la subsunción de la situación sobre la que se decide, en el supuesto de la norma aplicable.

A la luz de lo expuesto, tampoco entendemos la razón por la que actos de evaluación de funcionarios puedan quedar exentos de la debida motivación.

Con respecto a la suficiencia de una relación sucinta, habrá de verse en cada situación si se cumple con la exigencia de hacer *"una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución"*, que plantea el artículo 123 del Decreto Nº 500/991.

También entendemos que requieren adecuada motivación, aun los actos que por su naturaleza pudieran habilitar decisiones más discrecionales. Incluso es en ellos, que la fundamentación resulta especialmente relevante. No basta con señalar como motivación que el acto que se revoca es revocable. Es necesario explicar qué circunstancias concretas determinan su revocación en la oportunidad.

Esta consideración es relevante en el tema de la motivación de la adjudicación contractual, en cuanto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en el sentido del carácter discrecional de dicho acto[34]: *"Ha dicho la Corporación, que el licitante o proveedor no tiene un de-*

34 No ingresaremos en este trabajo, por exorbitar el propósito del mismo, en la cuestión de si la adjudicación tiene o no carácter discrecional. En general, nos inclinamos por considerar muy limitada la discrecionalidad en el obrar adminis-

recho a la adjudicación sino tan solo un interés legítimo, indirectamente protegido en que se cumplan regularmente las formalidades establecidas, porque de ese modo puede resultar satisfecha su pretensión. La adjudicación de la licitación es un acto esencialmente discrecional del jerarca que, precisamente, consiste en seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que a juicio de éste, mejor contemple los intereses confiados a su custodia, labor que se manifiesta en una libre apreciación de los datos ponderables y en la que el Tribunal no puede sustituir a la Administración. Y que se encuentra limitada por las formas legalmente impuestas o sus motivos no corresponden a los datos del caso o son espurios los móviles que han determinado el pronunciamiento del Administrador." (Sentencia Nº 483/015 de 16 de junio de 2015).

En tal sentido, señala Comadira[35] que la motivación es particularmente exigible cuando el acto es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquélla *"el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio. En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad se justifica ante el administrado y se justifica también ante sí misma."*

Por último, no creemos que la sola invocación del secreto, la reserva o la confidencialidad de las actuaciones exima de la obligación de motivar. Tales supuestos se encuentran regulados en la Ley de Acceso a la Información Pública Nº 18.381 de 17 de octubre de 2008, como excepciones a dicho acceso, mas no como excepciones a la necesidad de motivación de las decisiones. En modo alguno puede sostenerse que el secreto, la reserva o la confidencialidad obsten al cumplimiento del principio de que *"todo acto administrativo deberá ser motivado"* (artículo 123 del Decreto Nº 500/991). Es así que cualquier decisión que afecte un derecho del administrado deberá fundarse de manera suficiente. No imaginamos cuál pueda ser el caso en que la Administración proceda a tal afectación exonerándose de explicarla, encubierta tras razones secretas, reservadas o confidenciales.

f) En particular, sobre actos ilógicamente motivados

En definitiva, según señala la doctrina, la motivación debe ser suficiente, exacta y congruente.

La cualidad de *"suficiente"*, tomando el sentido del Diccionario de la Real Academia Española[36], refiere a que se trate de una fundamentación bastante, apta o idónea para explicar la decisión. En las palabras de Real, antes citadas, la motivación es suficiente cuando da razón del proceso lógico y jurídico que la ha determinado.

Gordillo[37] distingue la motivación fáctica de la normativa y señala que la motivación puede adolecer de *"falta de explicitación suficiente del sustento fáctico"* o de *"falta de explicitación suficiente del sustento jurídico".*

---

trativo, el que resulta en todo caso acotado por la existencia de conceptos jurídicos indeterminados y por la regulación en sus diversas formas (directa, inversa, técnica y residual). Sobre este aspecto vid. GORDILLO, Agustín - Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Parte General, Tomo I, p. X.11 y ss., en http://www.gordillo.com/tomo1.php

35 COMADIRA, Julio R. - Derecho Administrativo, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2ª Edición actualizada y ampliada, 2003, ps. 508 y ss.

36 http://www.rae.es/

37 GORDILLO, Agustín –Teoría General del Derecho Administrativo, Tomo 8, en http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo09.pdf, ps. 335 y ss.

También conforme al Diccionario de la Lengua, la motivación es "*exacta*" cuando es perfectamente adecuada, rigurosamente cierta o correcta, ajustada a lo verdadero, sin defecto ni exceso; o, como expresa Durán, cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de Derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta, y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido. En palabras de Real, es exacta cuando los fundamentos de Derecho se corresponden con las normas invocadas y los hechos considerados son verdaderos.

A su vez, la cualidad de "*congruente*" exige, según el Diccionario de la Academia, que la motivación sea coherente, lógica.

Con relación a los vicios lógicos en la motivación, Gordillo[38] alude a las falacias.

Una falacia puede definirse como un razonamiento persuasivo, aunque lógicamente defectuoso. Se trata de un razonamiento erróneo que puede pasar por correcto porque en el mismo el error no es evidente. En la falacia, existe un problema en la relación que permite a las premisas fundamentar la conclusión.

Las falacias pueden ser clasificadas en las categorías de "*falacias formales*" y "*falacias no formales*". En las "*falacias formales*", el error se encuentra en la forma lógica del razonamiento: la conclusión no se desprende necesariamente de las premisas, traduciéndose en un razonamiento inválido. En las "*falacias no formales*", en cambio, el problema está en el contenido del razonamiento: las premisas pueden ser falsas o no pertinentes para llegar a la conclusión.

Para revisar si la motivación de una decisión es falaz debemos identificar el razonamiento que contiene, revisar la calidad de las premisas y el proceso de inferencia que conduce a la conclusión.

El decisor, en el proceso de toma de resolución y motivación, puede incurrir en cualquiera de las siguientes falacias formales:

a) El "*silogismo disyuntivo falaz*", en el que, ante una disyunción del estilo "*A y/o B*" (ejemplo: "*puedo observar y/o imponer una multa*"), se asume que una posibilidad es falsa cuando la otra queda afirmada (ejemplo: "*si puedo observar no puedo imponer una multa*").

b) La "*afirmación del consecuente*", en la que se asume que si una premisa es cierta, la consecuencia también señala si su antecesora es verdad o no (ejemplo: *"si cumple con todos los deberes funcionales obtendrá la mejor evaluación, por lo que si obtiene la mejor evaluación habrá cumplido con todos los deberes funcionales"*).

c) La "*negación del antecedente*", en la que el razonamiento se articula como si al negar una premisa la conclusión tuviera que ser necesariamente falsa (ejemplo: *"si el oferente omite cumplir un requisito de admisibilidad, su oferta será rechazada; no ha omitido cumplir un requisito de admisibilidad, así que su oferta no será rechazada"*).

d) La "*negación falaz de la conjunción*", en la que, al no darse un fenómeno como resultado de un conjunto de elementos, se niega uno de esos elementos (ejemplo: *"para ganar la lici-*

38 Ibidem.

tación se requiere presentar una oferta conveniente y buenos antecedentes; no ha ganado la licitación, por lo tanto no ha presentado buenos antecedentes").

e) El "*término medio no distribuido*", en que existe un elemento que conecta a otros dos y no aparece en la conclusión, aunque no engloba a uno de ellos en su totalidad (ejemplo: *"todos los oferentes precalificados tienen antecedentes en obras de arquitectura; algunos oferentes nacionales tienen antecedentes en obras de arquitectura; por lo tanto, algunos oferentes nacionales son oferentes precalificados"*).

f) El "*silogismo categórico con premisas negativas*", en el que ambas premisas son una negación, ya que no puede arribarse a conclusión alguna a partir de ellas (ejemplo: *"ningún oferente extranjero tiene antecedentes; ningún oferente que presentó ofertas variantes tiene antecedentes, así que ningún oferente extranjero presentó ofertas variantes"*).

g) El "*silogismo categórico con conclusión negativa a partir de premisas afirmativas*", ya que en los silogismos categóricos no puede obtenerse una conclusión negativa a partir de premisas afirmativas (ejemplo: *"todos los adjudicatarios cumplen con los requisitos de antecedentes y algunos oferentes extranjeros cumplen con los requisitos de antecedentes, así que los oferentes extranjeros no son adjudicatarios"*).

h) La "*falacia de cuatro términos*", en vez de tres (que sería lo necesario para que el razonamiento fuese válido). En este caso, uno de los términos tiene dos significados (ejemplo: *"solamente un funcionario público puede adjudicar una licitación, una funcionaria no es un funcionario, así que una funcionaria no puede adjudicar una licitación"*).

Por otra parte, al motivar, el decisor también puede incurrir en vicios lógicos del tipo de las falacias no formales.

Entre las falacias no formales, pueden mencionarse las siguientes:

a) Las "*falacias de atinencia o atingencia*", en las que las premisas carecen de atinencia lógica con relación a la verdad o falsedad de las conclusiones. Un ejemplo sería el caso en que, a partir de la afirmación de que el contratista debe cumplir con sus obligaciones, pretenda derivarse que corresponde sancionarlo, sin haber demostrado que las ha incumplido.

b) Las "*falacias de ambigüedad*", que aparecen en razonamientos cuya formulación contiene palabras o frases ambiguas, con significados que varían sutilmente en el curso del razonamiento, haciéndolo falaz.

c) El uso del "*argumento ad verecundiam*", que consiste en tomar la falta de evidencia conocida en contra o a favor de una afirmación como si fuese probatoria de su veracidad o falsedad.

d) La *"falacia ad hominem",* por ejemplo cuando se argumenta en contra de un recurso administrativo, invocando características personales negativas del recurrente.

e) La "*falacia patética*", que apela a la emoción; o las que apelan a la misericordia o a la lealtad.

f) La "*falacia ad baculum*", también conocida como *"apelación a la fuerza*" para provocar la aceptación de una conclusión.

g) El uso del "*argumento ad populum*", que apela al sentimiento popular en un tema.

h) La "*falacia ad ignorantiam*", que afirma como falso aquello que no ha podido probarse.

Toda vez que se constate que la motivación adolece de vicios lógicos que han conducido a una decisión irrazonable y por tanto ilegítima, el acto respectivo debe ser anulado.

V. LA MOTIVACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA RECIENTE

En la jurisprudencia reciente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) en materia de motivación de la adjudicación contractual, son observables las siguientes circunstancias:

a) En fallo Nº 189 de 21 de abril de 2016, el Tribunal anula el acto administrativo de adjudicación, *"por error que vicia la motivación".* En el caso, la Administración adjudica a un oferente, desestimando la oferta del actor, con el argumento de que éste ha modificado su oferta original en instancia de aclaración de la misma. La sentencia revisa las actuaciones, y constata que los informes técnicos en que se basa el acto impugnado han incurrido en una errónea apreciación de los hechos, por error en la interpretación de la oferta original, concluyendo en que no había existido tal modificación. Se trata, entonces, de un caso en el que un error en los antecedentes del acto (motivo) inficiona la motivación.

b) En Sentencia Nº 483 de 16 de junio de 2015, el Tribunal confirma el acto administrativo de adjudicación, a pesar de admitir la "*inexactitud de la motivación*", por considerar que tal inexactitud no reviste "*trascendencia*" para determinar la nulidad de la decisión. En el caso, la adjudicación se relaciona con la adquisición de un medicamento y la motivación menciona información técnica sobre el mismo, que se demostró desactualizada y sin respaldo probatorio. Pero el Tribunal observa que *"la nulidad del acto de adjudicación es siempre una grave medida que no debe tener lugar sino cuando se comprueba una seria y trascendente trasgresión a los principios propios del procedimiento licitatorio"*, y agrega que tal supuesto no se da en tanto resulta de los antecedentes que el decisor había tenido conocimiento de los defectos de la información técnica aludida. En discordia de la sentencia, en cambio, se sostiene la trascendencia del error en la motivación.

c) En discordia de la Sentencia Nº 157 de 10 de marzo de 2015, se pone el acento en la insuficiencia de la motivación del acto de adjudicación, en cuanto la misma no controvierte los argumentos expresados por el impugnante.

d) En Sentencia Nº 346/014 de 2 de setiembre de 2014, el Tribunal, siguiendo a Marienhoff, rechaza la demanda anulatoria contra la decisión formulada en un proceso competitivo, afirmando que *"la motivación del acto puede ser concomitante o contemporánea con la expresión de dicha voluntad o, anterior a tal expresión, apareciendo en este último caso en el proceso de formación de la voluntad administrativa."*

e) En fallo Nº 238 de 23 de abril de 2013, ante demanda de nulidad de un acto administrativo que declara frustrada una licitación pública para la explotación de un depósito portuario,

el Tribunal anula dicho acto, señalando que la Administración no puede adoptar decisión sin motivarla válidamente, ya que *"todo acto debe estar fundado en uno o varios motivos válidos, en defecto de lo cual la volición administrativa resultaría inficionada por la falta de motivo o por error en los mismos, en caso de falsa apreciación de los datos del caso. En el caso, la incongruencia en la motivación del acto alegada por la actora ha quedado acreditada."* Una vez más aquí, cabe observar una cierta confusión entre los conceptos de motivo y motivación.

Aunque no referidas estrictamente a un acto de adjudicación contractual, también resultan de interés, como antecedentes que también pueden ser tomados para resolver cuestiones en sede de contratos del Estado, algunas sentencias recientes que convocan las nociones de eficiencia, exactitud y congruencia de la motivación, y una en particular que analiza la obligación de motivar los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales:

a) Así, la Sentencia Nº 579 de 23 de octubre de 2014, en un caso de adjudicación de bandas del espectro radioeléctrico, anula dicha adjudicación en virtud de que los motivos invocados por la Administración para disponerla resultan errados o no surgen de los antecedentes. El Tribunal califica la motivación de "*inexacta e incongruente*", y textualmente expresa, citando a Real: *"Las razones de Derecho deben corresponder a los textos invocados, los hechos deben ser verdaderos. No basta que existan los hechos sino que se les aprecie correctamente. La Administración debe ser veraz no solo en cuanto a la existencia de los motivos sino también en cuanto a la calificación jurídica y a la subsunción de las situaciones de hecho en el tipo de los conceptos jurídicos indeterminados."*

f) Sobre la noción de suficiencia de la motivación, en Sentencia Nº 81/016 de 17 de marzo de 2016, el Tribunal rechaza la demanda anulatoria, señalando: *"de los antecedentes administrativos del acto en causa se extrae una motivación idónea o eficaz del mismo en la medida que es "suficiente" para apreciar con exactitud los motivos determinantes de dicho acto (Cfm. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, págs. 327 y ss.)…."*.

g) En relación con la necesidad de motivar los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, la Sentencia Nº 777/013 de 3 de diciembre de 2013 señala: *"Al decir de FERNÁNDEZ VÁZQUEZ: "la motivación no solo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada" (Cfe. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio: "Diccionario de Derecho Público". págs. 506 y 507). Ha dicho el Tribunal en una reciente sentencia: "la exteriorización de los motivos –motivación– es particularmente fundamental en actos que resultan ser el corolario del ejercicio de poderes discrecionales, esto es, la elección de un específico comportamiento legítimo entre diversos posibles. Y, ello porque el virtualmente afectado por la decisión administrativa debe conocer de modo adecuado, preciso y claro, las razones que determinaron la elección y los fundamentos jurídicos sobre los que se asienta la decisión. (…) las causas sindicadas por la Administración –cimientes del acto– léase: en la detección de 'inconvenientes de funcionamiento que es necesario corregir para lograr una administración que priorice la gestión', por su abstracción y vague-*

dad desoyen por completo la reglamentación aplicable que no admite fórmulas generales de fundamentación" (Cfe. Sentencia No. 380/2012).En el caso, la utilización de una fórmula de fundamentación por demás genérica impide a la jurisdicción conocer los específicos motivos de la Administración y ejercer el control de legitimidad del acto cuestionado."

VI. CONCLUSIONES

1. La motivación de los actos administrativos constituye verdadera piedra angular en la construcción de una Administración garantista de los derechos de las personas. Los diversos autores encuentran el fundamento del principio de motivación en la forma republicana de gobierno, en el régimen democrático, como elemento de la juridicidad del acto (alejando todo atisbo de arbitrariedad) y de la razonabilidad de las relaciones jurídicas, así como en la exigencia de una conducta racional en un Estado de Derecho.
2. Se ha caracterizado a la obligación de motivar como un Principio General del Derecho Administrativo, que integra la garantía del debido procedimiento. También se ha identificado, como contracara de dicha obligación, el derecho a la motivación como verdadero derecho inherente a la personalidad humana, de cumplimiento necesario para la plena vigencia del Estado de Derecho.
3. La obligatoriedad de la motivación es expresión de la racionalización del poder, permite fiscalizar la actividad intelectual del decisor, así como deslindar discrecionalidad de arbitrariedad, y en tal sentido se realciona con la tutela jurisdiccional efectiva.
4. En tanto el motivo es un presupuesto del acto administrativo: conjunto de las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso llevan a su dictado (junto al presupuesto de procedimiento y al presupuesto de Derecho que es la norma atributiva de competencia al órgano actuante), la motivación es la exteriorización de ese motivo. Más allá de su relación con la forma del acto, la motivación no es un requisito meramente formal, sino de fondo, *"interna corporis"*.
5. Parte de la doctrina incorpora en el alcance del vocablo "*motivación*", a la expresión de la finalidad perseguida, además de la que refiere a las circunstancias de hecho y de Derecho. Este aspecto de la finalidad se encuentra expresamente referido en relación con la motivación del acto, en el artículo 124 del Decreto Nº 500/991.
6. La obligación de motivar las decisiones puede encontrarse en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico uruguayo. Como componente del principio de debido procedimiento, se encuentra recogido en la propia Constitución (como especie del debido proceso, en el artículo 66); es expresamente enunciado en el artículo 2º, literal l) del Decreto Nº 500/991, y luego desarrollado en los artículos 123 y 124 del mismo Decreto.
7. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico recibe el Principio General de Derecho Administrativo que impone la obligación de motivar con su correlativo derecho a la motivación de todos los actos administrativos sin distinción. El ordenamiento va incluso más allá, indicando las características que debe tener esa motivación, la que no puede agotarse en una fórmula general de fundamentación, sino que debe cumplir con realizar una relación de los hechos del caso específico de que se trate, de manera directa y concreta, y debe exponer las razones particulares del caso, que justifican la decisión.

8. Específicamente en materia de contratos del Estado, la obligación de motivar es recibida también por diversos artículos del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), aprobado por Decreto del Poder Ejecutivo Nº 150/012 de 11 de mayo de 2012, que los regula (artículos 57 a 59).

9. Es admisible la motivación por remisión a las actuaciones administrativas o *"in aliunde",* en la medida que la misma sea clara e inequívoca, de manera que permita conocer los fundamentos de la resolución que se adopta. No lo es, en cambio, la fundamentación *"a posteriori"*, póstuma o ulterior, en cuanto exceda el ampliar o precisar la fundamentación oportunamente realizada.

10. La obligación de motivar se relaciona con el principio de interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo con el cual la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, en un todo de acuerdo con los principios de legalidad y reserva de Ley (artículos 7º y 10 de la Carta). Su omisión o defecto grave produce nulidad por vicio de un elemento que excede su formalidad y toca su contenido y su racionalidad.

11. La motivación debe ser suficiente (bastante, apta o idónea para explicar la decisión, dando razón del proceso lógico y jurídico que la ha determinado), congruente (coherente, lógica) y exacta(perfectamente adecuada, rigurosamente cierta o correcta, ajustada a lo verdadero, sin defecto ni exceso), y debe pronunciarse en favor o en contra sobre las defensas alegadas por los interesados en el procedimiento, explicando la subsunción de la situación sobre la que se decide, en el supuesto de la norma aplicable.

12. La motivación es especialmente relevante en los actos que por su naturaleza pueden habilitar decisiones más discrecionales, explicando qué circunstancias concretas determinan la decisión en cada caso.

13. La sola invocación del secreto, la reserva o la confidencialidad de las actuaciones no exime de la obligación de motivar. En definitiva, según señala la doctrina, la motivación debe ser suficiente, exacta y congruente.

14. La motivación no debe adolecer de falta de explicitación suficiente del sustento fáctico o de falta de explicitación suficiente del sustento jurídico, ni incurrir en vicios lógicos (falacias formales o no formales).

15. En la jurisprudencia reciente de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo son observables las siguientes tendencias:

    a) Es constante la jurisprudencia del TCA amparando la motivación "*in aliunde*", así como en contra de la motivación póstuma, insuficiente, inexacta o incongruente.

    b) El Tribunal afirma la obligatoriedad de la motivación aun en los casos de actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales.

    c) En algunos fallos, el Tribunal desestima la demanda anulatoria fundada en vicios en la motivación, convocando el principio de trascendencia.

    d) Se procede a la anulación de actos administrativos invocando vicios en la motivación, que son determinados muchas veces por vicios en el motivo, que terminan inficionándola.

EL TRÁNSITO DE LA RAZONABILIDAD AL DISCURSO JURÍDICO MODERNO, EN LA MOTIVACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN CONTRACTUAL

Por Germán Cisneros Farías*

Sumario: 1.- Concepto de Discurso Jurídico Moderno; 2.- ¿De dónde se obtiene la fuente para el discurso jurídico moderno?; 3.- La razonabilidad de la "conveniencia", según los principios rectores en el procedimiento de adjudicación contractual; 4.- Procedimiento de adjudicación del contrato: abierto, restringido, negociado y dialogo competitivo; 5.- La discrecionalidad y la arbitrariedad como obstáculos para el discurso jurídico moderno de la adjudicación contractual; 6.- El papel de la razonabilidad en la motivación contractual; 7.- La fuente o espacios, atendiendo al procedimiento de adjudicación, para la construcción del discurso jurídico; 8.- Criterios o políticas públicas en la motivación contractual;9.- El discurso jurídico moderno en la motivación contractual

Introducción

En nuestro país, Largo ha sido el curso experimental de las adjudicaciones de los contratos de obra pública, que en sus orígenes y llevados por la costumbre solían celebrarse por medio del honor, palabra, y reglas simples, a cuyas propuestas y trabajos se enderezaban fallos de contenido efectivo y parcial.

Después de reformas administrativas a las leyes de la materia, se presentan ahora criterios motivacionales de dos vías, por una parte garantizar el debido cumplimiento de las especificaciones y reglas en las que juegan papel preponderante el estricto ejercicio de partidas presupuestales etiquetadas y por la otra, en caso de afectarse los intereses del participante, éste pueda hacer valer fundadamente los recursos que las leyes le otorgan.

La naturaleza de la toma de decisiones sobre las diversas ofertas de quienes después de un acto administrativo de convocatoria participan para ejecutar obras a precio alzado o bien por un monto determinado, suministros, transferencias de tecnologías, asesorías, etc. requieren de criterios de selección que van más allá de la búsqueda de ahorros. Lo anterior precisa de un análisis libre y

* Doctor en derecho por la UNAM, miembro del sistema nacional de investigadores, profesor de derecho administrativo en la Universidad Autónoma de Nuevo León,-México, Investigador en la Facultad de Derecho y Criminología, UANL, titular de la coordinación de derecho comparado en el Centro de Investigación Jurídica y Criminológica, UANL, México.

lógico de costo beneficio, privilegiando la experiencia y antecedentes de cada participante en tareas afines a las señaladas en los pliegos de los concursos.

No debemos olvidar que , todo contrato de obra pública está destinado a la realización objetiva de los fines que lo motivaron, por lo que si conocemos los antecedentes que los participantes en materia de antigüedad, la capacidad económica dictaminada en balances, créditos, experiencia de su personal técnico administrativo y gerencial, más la solidez de sus instalaciones, mobiliario y equipos afines, que permitan de manera inequívoca determinar que previamente han cumplido en tareas similares a las propuestas en las convocatorias vigentes, serán medios de convicción objetivos, ciertamente referidos a la empresa seleccionada, pero sin olvidar los motivos de orientación pública que deben estar presentes en todo proceso de adjudicación.

La realidad de nuestro país muestra que independientemente de las modalidades sobre el importe de los contratos en los ámbitos locales, los requisitos suelen ser establecidos de tal manera inaccesible para empresas medianas y pequeñas ya que solo empresas de grandes capitales pueden transitar en la viabilidad de los proyectos. De una manera u otra esta circunstancia rompe el criterio de equidad, tan importante en el discurso público que aquí se propone, favoreciendo las más de las veces a las grandes empresas trasnacionales que por lo general se substraen de los fines que el Estado prevé para nuestra sociedad. Además de lo anterior, debemos subrayar de que el capital por sí mismo no substituye al talento, la creatividad, el conocimiento particular de la región ni la experiencia que puedan tener las empresas medianas y pequeñas.

Esto último no necesariamente garantizaría cumplimiento en calidad en tiempo, en virtud de que el capital por sí mismo no sustituye n al talento y a la experiencia, por lo que es indispensable replantear desde la misma etapa del pliego de licitación, la posibilidad de construir una motivación de fondo que nos lleve al encuentro de un discurso jurídico moderno, como aquí se propone, en la motivación de la adjudicación contractual.

1.- Concepto de Discurso Jurídico Moderno

El concepto de discurso jurídico es de reciente creación en la doctrina. Antes, se consideraba que la sentencia, oficio, resolución jurídica, fallo o conclusión administrativa, es decir, la respuesta dada por la autoridad pública, debía estar fundada en alguna disposición normativa y contener dos o tres razones que le diesen contenido lógico a las leyes o disposiciones normativas. Al paso del tiempo, además del requisito anterior, se exige al funcionario público que entre las razones expresadas por él en su respuesta, se encuentren argumentos convincentes para aceptar su decisión. La doctrina exige, a la luz de los sistemas democráticos, un discurso jurídico en el contenido total de su respuesta, pero ¿qué es o que entendemos por discurso jurídico? incluso ¿en qué consiste el discurso jurídico? Respuesta: llamamos así a las públicas, aceptadas y buenas razones que la autoridad declara que son y constituyen el cuerpo lógico, jurídico-argumentativo y filosófico de su respuesta-petición, por medio de la cual se estabilizan las expectativas y conflictos sociales.

El discurso jurídico moderno que aquí se propone –vinculado a la adjudicación contractual–, pretende aprovechar los espacios que toda regulación de los contratos públicos ofrece. Desde ahí, de las hendiduras –en la perspectiva de su establecimiento obligatorio posterior– haremos la construcción de tal discurso, a manera de motivación razonada en la etapa de llegada de todo

contrato público, como lo es la mencionada adjudicación. Ciertamente la regulación de los contratos públicos, como lo veremos en detalle más adelante, ofrece posibilidades de tal construcción discursiva. La ofrece –no la presentaba– en aras de una buena administración. Efectivamente en cuanto la adjudicación bien de los contratos de obras, en la gestión de servicios públicos o en los contratos de suministros hubo un diálogo histórico entre la subasta al mejor postor y el concurso.

2.- ¿De dónde se obtiene la fuente para el discurso jurídico moderno?

Tanto en la subasta al mejor postor como en el concurso tradicional, se daba un criterio de oportunidad, de cierta discreción para el otorgante. La selección de los contratistas remite como regla general a la licitación pública con el objetivo de garantizar tanto la igualdad de los particulares como, a través de la competencia de oferentes, las condiciones más ventajosas para el interés público. La historia consigna que en diferentes países imperó la regla de la subasta necesaria como medio de adjudicación contractual al mejor postor; posteriormente se introdujo el concurso-subasta para igualar a los participantes, sin dejar de tomar en cuenta la conveniencia del precio más bajo.

Esta larga evolución culminó en España con la ley de 18 de mayo de 1995, que montó un sistema en el que se combinaban los procedimientos (abierto y restringido) y las formas de adjudicación (concurso y subasta), combinación de la que, por lo tanto, podrían resultar cuatro modalidades diferentes. Este sistema se mantiene en lo esencial en la Ley vigente, que ha prescindido, no obstante, de la terminología tradicional de concurso y subasta y ha ampliado el cuadro de los procedimientos –abierto, restringido y negociado– añadiendo uno nuevo, el de dialogo competitivo, que permite utilizarlo en el caso de contratos particularmente complejos en los que el órgano de contratación no se encuentra capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidad u objetivos o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto[1].

Así, tenemos 4 modalidades para la vía de la adjudicación contractual siendo estos: abierto, restringido, negociado y dialogo competitivo.

3.- La razonabilidad de la "conveniencia", según los principios rectores en el procedimiento de adjudicación contractual.

Antes de describir cada uno de los procedimientos arriba citados debemos mencionar, en los principios nacionales y supranacionales que deben orientar la licitación pública siendo los siguientes: igualdad, transparencia, publicidad, y en la tesis de Agustín Gordillo[2]: aquí también el valor de la justicia, que se entendió siempre de carácter sublegal, viene a hora a quedar transformado en un principio de carácter supralegal y supranacional y así debe aplicárselo, con los mismos recaudos de razonabilidad y justificación antes expuestos. Su transgresión no es materia de filosofía del derecho, es cuestión de derecho escrito, positivo, que además es iusfilosoficamente justo.

---

1 García de Enterría, Eduardo- Ramón, Fernández Tomás , Curso de Derecho Administrativo I, editorial Thomson Reuters, España, 2011, pág. 744.

2 Gordillo Agustín , Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, editado por Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires ,2003, p.XII-44

Todos los procedimientos de adjudicación de los contratos que regula que regula las leyes de la materia están sometidos a los principios generales de igualdad, transparencia, confidencialidad y publicidad. Si lo anterior se da en el mundo procesal del derecho público, esta característica es más importante y trascendente en la contratación de la obra pública

a.- Igualdad y no discriminación

Diferentes legislaciones dan a conocer ya el contenido de estos principios. Tales se hacen efectivo a través de la libre concurrencia de las empresas a los contratos que vayan a celebrar la Administración; en todos los procedimientos tienen derecho a participar en concurrencia los empresarios interesados. Pero también el principio de igualdad tiene diversas proyecciones en la regulación de los diferentes procedimientos de selección de contratistas. Por ejemplo, han de ser siempre objetivos y no discriminatorios los procedimientos conforme a los cuales han de seleccionarse los candidatos; en el procedimiento negociado el órgano de contratación debe velar por que todos los licitadores reciban igual trato y en particular, no facilitará de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto; en el dialogo competitivo, el órgano de contratación debe tener igual comportamiento dando un trato igualitario a todos los licitadores y, además, no podrá relevar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales. En consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y, si ello es posible, la importancia relativa de los mismos

b. Transparencia

En todas las actividades jurisdiccionales, los órganos competentes deben actuar en arreglo a la velocidad del mundo cibernético moderno, tal es el caso del principio de transparencia.

El principio de transparencia es en la contratación el correlato particular de la consagración del mismo principio de la ley de la materia de contratación pública española. Se trata, en el campo de la contratación, de asegurar, por u n lado, el uso de los fondos públicos más adecuado a la legalidad y a la eficiencia, y, por otro, que todos los contratistas reciben una información suficiente de las condiciones que van a determinar la adjudicación del contrato y el objeto de este. Diversas sentencias del Tribunal de Justicia comunitario hacen una aplicación conjunta de los principios de igualdad de trato y de transparencia para deducir de ellos la exigencia de que los licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y si ello es posible, la importancia relativa de los mismos.

El principio de transparencia, nos dice Santiago Muñoz Machado [3] puede entrar en la colisión con la concurrencia e igualdad de los licitadores si, en aras a aquel principio, se descubren antes del momento legalmente fijado las proposiciones de uno de los concursantes. Por eso, la ley estableció que la transparencia debe cohonestarse con la confidencialidad hasta el momento que se produzca la apertura de las proposiciones económicas.

---

3 Muñoz, Machado, Santiago, Tratado de Derecho administrativo y Derecho Publico general, tomo IV, Iustel, Madrid, 2011. Pág. 359

El principio de confidencialidad obliga a los órganos de contratación a no divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial, reserva que alcanza, desde luego, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas. También el contratista debe respetar el carácter de confidencial de la información a que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiera dado tal carácter en los pliegos o en el contrato mismo, o que, por su propia naturaleza, deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de la información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.

c. Publicidad

En correspondencia con los dos principios anteriores se da el principio de publicidad.

El principio de publicidad y su puesta en práctica son esenciales para asegurar la libre concurrencia y la igualdad en la contratación pública, así como la transparencia en el procedimiento de selección y en la adjudicación de los contratos.[4]

La Ley regula la publicidad previa a la celebración del contrato que asegura la convocatoria de los contratistas, y la publicidad posterior, que se concreta en las obligaciones de información de los resultados del procedimiento de selección. La adjudicación de los contratos ha de notificarse a los candidatos o licitadores con los detalles, tanto respecto de los candidatos descartados como del adjudicatorio, que establece la Ley tras la reforma efectuada por la Ley 34/2010. La adjudicación definitiva de los contratos cuyas cuantías sean superiores a las de los contratos menores ha de ser publicada "en el perfil de contratante del órgano de contratación››.

4.- Procedimiento de adjudicación del contrato: abierto, restringido, negociado y dialogo competitivo

La Ley de la materia contempla cuatro tipos de procedimientos de adjudicación del contrato: el procedimiento abierto, el procedimiento restringido, el procedimiento negociado y el diálogo competitivo. La doctrina en voz de Luciano Parejo Alfonso[5] lo explica de la siguiente manera

a) Abierto

En el procedimiento abierto, que tiene carácter ordinario, puede concurrir a la selección del adjudicatario cualquier empresario que cumpla con las condiciones subjetivas exigibles para la ejecución del contrato, según la ley La selección se hace de acuerdo con lascondiciones aprobadas en los pliegos correspondientes, estando prohibida la negociación de los términos del contrato con los licitadores.

Los licitadores tienen derecho a la información correspondiente a los pliegos y, en su caso, la complementaria pertinente, de modo que, cuando no se facilite por medios electrónicos, debe en-

4 Ídem, p.360

5 Parejo Alfonso, Luciano, Lecciones de derecho administrativo, cuarta edición , Editorial Tirant lo Blanch, valencia ,2011, p.p 515 y ss.

viarse dentro de los 6 días a la correspondiente solicitud presentada dentro del plazo previsto para presentación de ofertas (y con la antelación fijada por el órgano de contratación).La información adicional que se solicite debe ser facilitada con al menos 6 días de antelación al término del plazo de presentación de ofertas siempre que haya sido solicitada con la antelación precisa.

Para la presentación de proposiciones la Ley estipula distintos plazos mínimos, en función del tipo de contrato: 52 días (naturales) contados a partir de la publicación del correspondiente anuncio, (reducible a 47 días en el caso en que la documentación esté disponible por vía electrónica) o a 37 –excepcionalmente a 22– días si el contrato fue objeto de anuncio previo (al menos 52 días antes y dentro de los 12 meses precedentes al anuncio de la licitación).

Transcurrido el plazo de presentación de proposiciones, el desarrollo del procedimiento sigue la siguiente secuencia:

1.º La apertura de las ofertas por el órgano de contratación, para la pertinente valoración, que debe tener lugar dentro del mes siguiente a la finalización del plazo de presentación de proposiciones.

   Con carácter preliminar se califica la documentación y con posterioridad se examinan y valoran las distintas propuestas presentadas por los licitadores conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego. El examen de la propuesta económica es público, salvo que la adjudicación se realice por medios electrónicos, pudiendo requerir la emisión de informes técnicos para la valoración de criterios distintos del precio.

2.º La propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación, que debe efectuarse sobre la base de la valoración y en la que deben ordenarse por orden decreciente los licitadores de acuerdo con dicha valoración de sus propuestas. Esta propuesta no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto, aunque el órgano de contratación debe motivar su decisión en el caso de que se aparte de ella.

3.º La adjudicación por órgano de contratación, que debe tener lugar en el plazo de 15 días a contar desde el día siguiente al de apertura de las proposiciones, si el criterio de adjudicación es exclusivamente el precio, y en el de dos meses (o en el distinto fijado en el pliego de condiciones administrativas), si ha de aplicarse una pluralidad de criterios.

b) Restringido

El procedimiento restringido es también ordinario, caracterizándose por que sólo pueden presentar proposiciones aquéllos empresarios que, habiéndolo solicitado, sean invitados a ello por el órgano de contratación, previa su selección en función del criterio de solvencia. En consecuencia, lo característico de este procedimiento es la fase previa de selección de los empresarios invitados a presentar sus propuestas. Tampoco aquí cabe la negociación de los términos del contrato.

El anuncio de licitación debe contener los criterios objetivos y no discriminatorios de solvencia a utilizar para la selección (en los términos ya analizados como condición de capacidad para contratar) y el número mínimo (y también máximo) de empresarios a invitar (que no puede ser inferior a cinco y debe ser, en todo caso, el necesario para garantizar una competencia efectiva).

El procedimiento restringido, Luciano Parejo[6] lo sintetiza así.

1.º Inicio con el correspondiente anuncio de licitación, abierto a todos los empresarios que cumplan con las condiciones de capacidad correspondiente (y que deben acreditar ya en esta fase).

2.º Presentación de solicitudes y selección de empresarios.
Para los contratos sujetos a regulación armonizada el plazo para presentación de solicitudes de participación no puede ser inferior a 37 días desde su publicación (plazo que se amplía a 52 tratándose de contrato de concesión de obra pública), pero puede reducirse días cuando los anuncios se envían por medio electrónico. En cualquier caso, la publicación de la licitación debe ser equivalente al de presentación de proposiciones de la fase siguiente. Para la contratación no sujetos a regulación armonizada el plazo de presentación de solicitudes de participación no puede ser inferior a 10 días a partir de la publicación.

3°- Formulación de invitados.
Comprobado el cumplimiento de las condiciones de capacidad y solvencia, el órgano de contratación ha de cursar invitación por escrito y simultáneamente a todos los empresarios seleccionados de conformidad con los criterios publicitados y cuyo número no puede ser inferior al mínimo previamente fijado (salvo que no todos cumplan los requisitos de solvencia, en cuyo caso puede continuarse el procedimiento con el número inferior que reúna las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse ni a empresas que no las cumplan, ni a otras empresas que no hayan presentado solicitud de participación.
Las invitaciones a los empresarios seleccionados deben a) contener:
referencia al anuncio de licitación publicado; ii) indicación de la fecha límite de presentación de ofertas, la dirección a la que deben ser remitidas, la lengua de redacción –si se admiten otras además del castellano–, los criterios de adjudicación (con precisión, de no figurar ya en el anuncio de licitación, de su ponderación y, en su caso, orden de preferencia) y el lugar, día y hora de la apertura de proposiciones; y b) ser acompañadas de copias de los pliegos y de la documentación complementaria (o incluir las indicaciones pertinentes para acceder a estos documento, de ser éstos accesibles en línea o están en poder de una entidad u órgano distinto al de contratación).

4°- Presentación de proposiciones
El plazo de presentación de proposiciones no puede ser inferior a 40 días (36, de haber sido anunciado previo, e, incluso, 22, en casos justificados) contados desde el envió de la invitación –plazo que cabe reducir en 5 días de ofrecerse acceso electrónico a la documentación– , para los contratos sujetos a regulación armonizada; ni a 15 días, para los contratos no sujetos a regulación armonizada.

5° Adjudicación
La adjudicación debe tener lugar en los términos ya explicados al tratar del procedimiento abierto.

---

6 Ídem, pp. 517,518

c) Negociado

El negociado es un procedimiento extraordinario en que la adjudicación recae en el licitador elegido por el órgano de contratación tras realizar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.

Por su carácter extraordinario este procedimiento solo puede emplearse en los supuestos expresamente previstos por la Ley bien con carácter general, bien con carácter específico para cada tipo de contrato.

Con carácter general procede la aplicación de este procedimiento en los siguientes casos.

1.º Cuando haya sido imposible la adjudicación del contrato: a) en los procedimientos abiertos o restringido seguidos previamente, por falta de presentación en ellos de ofertas o candidaturas o inadecuación de las presentadas y siempre que las condiciones iníciales del contrato no se modifiquen sustancialmente (tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, ha de remitirse un informe a la Comisión Europea, si ésta así lo solicita); o b) en los mismos procedimientos anteriores o en el de diálogo competitivo, por razón de irregularidad o inaceptabilidad de de las proposiciones derivada de alguna de las causas siguientes i) presentación de empresarios carentes de las condiciones de capacidad, ii) incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales de carácter fiscal, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo, o iii) infracción de las condiciones de variantes o mejoras o por presentar valores anormales o desproporcionados. En ambos casos, las condiciones en las que ofrezca la contratación negociada no pueden modificar las condiciones originales del contrato.

2.º Cuando (excepcionalmente) no pueda determinarse previamente el precio global por razones de las características o de riesgos que entrañe la ejecución del contrato.

3.º Cuando solo pueda adjudicarse a un contratista por razones técnicas, artísticas o de protección de derechos de exclusiva.

4.º Cuando exista imperiosa urgencia (demandante de una pronta ejecución no atendible mediante tramitación de urgencia), derivada de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo.

5.º Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado; su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con la legislación; o lo elija la protección de intereses esenciales de la seguridad del Estado debidamente declarados.

6.º Cuando se trata de contratos menores o de contratos distintos de los administrativos típicos, con valor mínimo especifico.

La aplicación del procedimiento negociado no excluye la fase de preparación del correspondiente contrato, especialmente la elaboración de pliego de cláusulas administrativas; pliego, en el que deben determinarse los aspectos que deban ser objeto de negociación. Es exigible la publicación de un anuncio de licitación cuando a) la aplicación del procedimiento se produce por irregularidad de todas las ofertas presentadas. o por imposibilidad de determinación del precio pero –en el

primer caso– puede prescindirse del anuncio cuando la negociación vaya a realizarse con todos los licitadores que hubieran concurrido al procedimiento seguido con anterioridad; b) se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada que sobrepasen determinado umbral

En el desarrollo del procedimiento negociado rigen las siguientes reglas: a) es obligatorio solicitar de ofertas cuando a menos a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato (siempre que ello sea posible); b) el procedimiento de selección puede articularse en faces sucesivas (debe estar prevista en el anuncio de licitación o en el correspondiente pliego) para reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación (como regla general, el número de soluciones que lleguen hasta la fase final debe ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva); c) el órgano de contratación debe velar porque, durante la negociación, todos los licitadores reciban igual trato (en particular en materia de información); y d) se negocia con los licitadores las ofertas presentadas para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa; todo ello, dejando constancia en el experimento de las invitaciones cursadas, las ofertas recibidas y las razones para su aceptación o rechazo.

d) Diálogo competitivo

El diálogo competitivo es el procedimiento en el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades conforme a las cuales los candidatos deben presentar una oferta.

Se trata de un procedimiento extraordinario que solo puede utilizarse en los siguientes casos: a) contratos especialmente complejos –sea por razones técnicas [imposibilidad de definir el objeto del contrato de conformidad con criterios jurídicos o financieras– en los que sea aconsejable la utilización de los procedimientos abierto o restringido; y b) contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, sin perjuicio de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los casos en que sea aplicada.

El procedimiento se inicia por un anuncio de licitación en el que se dan a conocer las necesidades y los requisitos de la contratación, y su desarrollo se produce, sin prejuicio de particulares, por las disposiciones correspondientes al procedimiento restringido.

Al igual que en este último el procedimiento se desarrolla en dos fases:

a) Fase de diálogo, cuya finalidad es determinar y definirlos medios adecuados para satisfacer las necesidades de interés público determinante del procedimiento de selección. En esta fase pueden debatirse todos los aspectos de los contratos con todos los candidatos seleccionados, pero la AP no puede revelar las soluciones propuestas u otros datos confidenciales de los candidatos sin la autorización de éstos. El diálogo puede articularse en fases sucesivas con el fin de reducir progresivamente el número de soluciones posibles, pero el proceso de reducción debe realizarse con criterios objetivos preestablecidos y debidamente publicados.

Esta fase termina cuando el órgano de contratación está en condiciones de determinar las soluciones que pueden responder a sus necesidades, momento en el que declara cerrada la fase de diálogo, informando de ello a los candidatos.

b) Cerrada la fase de diálogo, el órgano de contratación debe invitar a los participantes en ella a que realicen una oferta final basada en la solución o soluciones especificadas en la fase de diálogo. Estas ofertas deben incluir todos los elementos necesarios parala ejecución del contrato, sin perjuicio de la potestad del órgano de contratación para solicitar precisiones o ajustes en ellas o en la información complementaria, siempre que ello no suponga variación de la oferta capaz de falsear la competencia o tener efecto discriminatorio. La valoración de las ofertas por el órgano de contratación se realiza de acuerdo con los criterios establecidos en el anuncio de licitación.

5.- La discrecionalidad y la arbitrariedad como obstáculos para el discurso jurídico moderno de la adjudicación contractual.

Debemos aceptar que la motivación, aun en el discurso jurídico moderno que se propone, conlleva a cierto grado de discrecionalidad en la adjudicación contractual . la doctrina ha pretendido históricamente acotar los espacios de la discrecionalidad administrativa, en la perspectiva de anular el espectro de la arbitrariedad. Ambas manifestaciones, con mayor o menor caso , están presentes aun en las regulaciones modernas . Ciertamente, como dice Muñoz Machado[7] las decisiones de adjudicación de los contratos se mueven ahora dentro de un marco de discrecionalidad muy reducida. En efecto, para mantener bajo el perfil de ella se han construido ciertos criterios generales muy generales para opacar el tema de la arbitrariedad.

De acuerdo con la conceptuación que aquí se propone[8] del discurso jurídico moderno para la motivación de la adjudicación contractual, estamos aún en la etapa de criterios pero con las categorías deontológicas debidamente razonadas que aquí se detallan. De esta manera la discrecionalidad y la arbitrariedad estarán atrapadas –en cierto modo desapercibidas– en la razonabilidad de las políticas públicas de la buena administración.

La corresponsabilidad del gobierno, en esta materia, nos dice Valls Hernández[9], junto con los actores políticos en general, debe impulsarse, abriendo nuevos caminos en la motivación de la adjudicación, incorporando nuevos criterios, políticas públicas, redes de apoyo y construyendo indicadores del desempeño en la llamada utilidad social,

6.- El papel de la razonabilidad en la motivación contractual

El factor de conveniencia para la adjudicación de un contrato fue siempre la clave central o *leimotiv* en el mismo. Este factor tenía siempre una característica fundamental: su extrema subjetividad.

---

7 Muñoz, Machado, Santiago, Op. Cit. P. 374

8 Cisneros Farías, Germán, Argumentación y discurso jurídico, Trillas, México, 2012, p. 108

9 Valls Hernández, Sergio- Matute González, Carlos. Nuevo derecho administrativo, Editorial Porrúa, México, 2011, 106

Desde siempre se lucho por comprender el factor llamado conveniencia de suyo siempre fue movedizo. No es el caso mencionar las caprichosas variables en la captura de su contenido. Así , ante la ausencia de una razonabilidad objetiva para capturar el factor conveniencia, pasamos a considerar que la oferta económica del mejor postor era el factor llamado conveniencia.

Pronto la Administración pública se dio cuenta de que el precio más bajo no era la solución, pues la más de las veces, en el proceso de la subasta pública se ofrecían precios bajos, muy bajos para concluir la fase de adjudicación, aunque posteriormente este precio bajo no se pudiera sostener.

Posteriormente, la administración pública inicio el proceso denominado concurso-subasta, aceptando otras posibilidades distintas al precio, entre ellas los aspectos técnicos y financieros en la contratación pública. Pronto nos hemos dado cuenta que en ambos casos hay una transformación, al decir de Julio Cesar Puente Ledesma[10] quien en 50 años de experiencia en la contratación pública nos dice:

"Se advierten en la práctica licitaciones en las que los participantes a partir del pago de pliegos de requisitos, visita física al lugar de ejecución de los trabajos, y llenado de múltiples formas, análisis de precios, formatos de contratos y fianzas de garantías, multas por incumplimiento, generalmente unilaterales. Finalmente en uno de los postores es el ganador. A partir de este momento surge una transformación. Quien obtuvo el contrato encuentra datos imprecisos en montos de obra, demoras en pagos de anticipos y estimaciones de obra, trámites burocráticos lentos de supervisión en controles de obra, tiempos de entrega rigoristas afectados por cambios climáticos, contratiempos que indefectiblemente conducen a recursos de reclamaciones con frecuente indefensión del afectado".

También nos habla de los efectos posteriores a la obra pública realizada, que por cierto la doctrina poco o nada habla de tales efectos, considerando que con la adjudicación del contrato todo ha concluido. Y no es así. Puente Ledesma afirma lo siguiente: "queda siempre latente el efecto posterior a la terminación de un contrato, cuya vida jurídica respecto de la ejecución de los trabajos contratados no terminan a un mismo tiempo. Largo tramo de gestión sobrevive pleno de contratiempos. Entre otros el trámite del acta de finiquito de los trabajos, una año para recuperar un porcentaje retenido de cada estimación como garantía de los trabajos –generalmente el 5%–, una fianza de garantía a diversos plazos en relación con la calidad de los trabajos, liquidaciones de diversas instituciones –IMSS, INFONAVIT, SHCP, autoridades estatales, municipales, cuotas a centrales obreras, etc. Todo esto en conjunto rompe la cadena de continuidad en el ciclo empresarial, con efectos contrarios a un desarrollo positivo en la economía de instituciones privadas que generan empleos directos a personas de baja comprobación curricular."

Por ello debemos construir un discurso jurídico moderno en la motivación de la adjudicación contractual, tomando como base la razonabilidad de los espacios o fuentes que nos deja la ley, así como también la ejecución de la obra contratada, sus efectos reales posteriores y la realidad misma antes, en y después de la adjudicación de la obra pública a realizar.

---

10 Puente Ledesma, Julio Cesar, "50 años en la Participación de la Obra Pública en México", en la Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo, año VI, Núm. 18, México ,2017, p. 161.

7.- La fuente o espacios, atendiendo al procedimiento de adjudicación, para la construcción del discurso jurídico.

Ciertamente, la elección se deberá encuadrar en el marco de los principios generales del derecho, los cuales, operan como limites jurídicos negativos de la discrecionalidad, no podrán, por ende, ser violados; empero, fuera de ese condicionamiento, el proceso valorativo es libre, y en él la autoridad administrativa despliega su potestad gestora del interés público.

Por lo expuesto, si la decisión adjudicatoria fuera ilegitima por transgredir los límites indicados, los oferentes vencidos podrían impugnarla administrativa y judicialmente, en tanto titulares de un derecho subjetivo a la regularidad del procedimiento de selección, pero escaparía al contenido de su pretensión el requerimiento jurisdiccional de la adjudicación. De ser aceptada esta última alternativa, guardaría contradicción con el principio de separación de poderes, porque importaría reconocer al juez el ejercicio de funciones administrativas ajenas a su contenido judicial en la especie, el cual no podría exceder, en nuestra opinión, la posibilidad anulatoria del acto ilegitimo.[11]

Por ello, para evitar de nueva cuenta la temida discrecionalidad, debemos apoyarnos en los espacios que cada uno de los procedimientos de adjudicación contractual van dejando en su operación. Ciertamente cada uno de los procedimientos, según se estipulan en las leyes respectivas, dejan hendiduras para la interpretación y sostenimiento de la adjudicación contractual. Todo lo anterior ocurre en el procedimiento abierto, restringido, negociado y dialogo competitivo, pues la mayoría de ellos permiten al órgano de adjudicación establecer criterios, pautas generales o políticas públicas que orientar su decisión definitiva.

8.- Criterios o políticas públicas en la motivación contractual

De manera general la motivación debe sustentarse bajo el principio de contener publicas y aceptadas buenas razones a favor del sentido humano en la convivencia social, así como también de la defensa y posicionamiento a favor de la ética, de la axiología y del derecho ciudadano a una buena administración pública.

De esta manera, la motivación debe dar respuesta a los siguientes aspectos:

a. Razones publicas en el cumplimiento de los requisitos previos, en concordancia al principio de transparencia y seguridad jurídica.

b. Presencia de órganos subalternos de valoración especifica que rompan los visos de unilateralidad de la decisión adjudicatoria.

c. Criterios objetivos de solvencia establecidos de manera previa al anuncio de la licitación

d. Criterios doctrinales de cuidado y protección del medio ambiente, condiciones de trabajo y de derechos humanamos específicos.

e. Respeto a los casos de carácter técnico complejo, artísticos o protección de derechos.

f. Respetar y auspiciar la libre competencia empresarial.

---

11 Comadira, Rodolfo, Julio, La licitación pública, nociones-principios cuestiones, editorial LexisNexis, Argentina , 2006, p. 181

g. Permitir las redes de apoyo científico para la instrumentación de políticas públicas.

h. Establecer indicadores de desempeño a las leyes de la materia para medir objetivamente la llamada utilidad social.

i. Auspiciar el respeto a los derechos humanos: favorecer la contratación de desempleados, emplear discapacitados en porcentajes mayores a lo ya regulado, igualdad de oportunidades.

9.- El discurso jurídico moderno en la motivación contractual

Concepto: llamamos así a las públicas, aceptadas y buenas razones que la autoridad declara que son y constituyen el cuerpo lógico, jurídico-argumentativo y filosófico de su respuesta-petición, por medio de la cual se estabilizan las expectativas y conflictos sociales.

Los artículos 8° y 16 de nuestra Constitución están, en cuanto a sus contenidos, en clara correspondencia uno con el otro. Basados en ellos, todas las personas que se encuentran físicamente en nuestro país tienen derecho a formular una petición, solicitud, demanda a los funcionarios y empleados públicos, con la condición de que se formule "por escrito, de manera pacífica y respetuosa". Con tal fundamento, los funcionarios y empleados públicos se encuentran obligados a dar una respuesta por escrito y darla a conocer al peticionario "en breve termino".

A las personas que formules una solicitud, escrito, demanda o petición a cualquier autoridad, ésta deberá responderles con fundamentos y motivos.

En el caso particular de las peticiones formuladas a las autoridades administrativas o jurisdiccionales, deberán cumplir con el artículo 16 constitucional: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento"

Llamamos *fundamentación* a la respuesta*,* dada por una autoridad que se encuentre apegada a una disposición legal, en la cual se faculte al funcionario, al empleado público, a la autoridad administrativa, o a la autoridad jurisdiccional a obrar de determinada manera, de acuerdo con la disposición legal correspondiente.

Hablar de fundamentación es correlacionar las disposiciones, facultades, obligaciones legales, que otorgan el marco de legalidad en el cual debe moverse toda autoridad al dar una respuesta a una petición. Esta respuesta forma parte inicial del discurso jurídico, se trata de una respuesta lógica, jurídico-argumentativa y con la teleología propia de las normas invocadas. En la doctrina también se le denomina, a la fundamentación, *justificación interna*, es decir, los parámetros legales que se utilizan como andamiaje o basamento a una respuesta de autoridad.

La elaboración plena de un discurso jurídico en el contenido de la respuesta que la autoridad proporcione a los peticionarios, junto a una filosofía política renovada, contribuirá a la retirada del positivismo histórico o tradicional, según Rafael Aguilera Portales, porque este positivismo es, en su opinión:

Producto de un radical y tradicional proceso de positivación general del conocimiento que provoca, en primer lugar, una confusión y desorientación de la misma ciencia que no encuentra su posición o lugar en el conjunto del saber. En tercer lugar, una pérdida del sentido total del mundo,

con una fuerte ausencia de la vida intelectual y, en último lugar, la reducción simplista del saber en general a mera técnica instrumental. El imperio de esta racionalidad instrumental afecta al mundo jurídico entendiendo éste como mero discurso técnico-jurídico de neutralidad axiológica en los campos ético, ideológico y político, que llega a concebir el Derecho como mera ingeniería social dentro del actual discurso tecnocrático.

La sociedad, para Aarnio, es una totalidad homogénea que se compone de principios democráticos, de toma de decisiones políticas, de razonamientos jurídicos, etcétera. En este hecho reside el motivo de que el eje de su contribución sea la relación entre los conceptos de democracia y racionalidad. El discurso racional, para Aaranio, se encuentra en una posición clave de todas las funciones de una sociedad abierta, esto es, en el ideal al que nos inclinamos a llamar *democracia*. Y por eso, la filosofía del derecho no puede estar aislada de esta cuestión.

De manera moderna, la doctrina impulsa (está impulsando fuertemente) un discurso jurídico racional, inmerso en las fuertes opiniones dentro de los grupos democráticos, de la sociedad civil, de los grupos profesionales, de la opinión publica en su conjunto; sin duda alguna, este discurso democrático racional encontrara fuertes valladares en su camino, de manera particular en los mismos centros de decisión judicial que no quieren ver acotado el territorio de su poder político y de su influencia como grupo profesional, cuyas decisiones son (las decisiones tomadas por elites),en opinión de Aulis Aarnio, los archienemigos de la democracia.

Se requiere un discurso jurídico en el que los valores y las normas formen parte de la discusión social. Sean el resultado de esta discusión, del propio proceso democrático de toma de decisiones. En esta medida, insiste Aarnio, su contribución tiene como base una teoría procedimental del discurso político o jurídico, y no una teoría sustancial del mismo. No es difícil identificar las conocidas ideas de Jürgen Habermas y, sobre todo, de Robert Alexy. De acuerdo con ellas, las relaciones sociales, incluso las políticas, son interactivas o, en otras palabras puede decirse que son comunicación. Nuestras ideas de correcto e incorrecto, así como de bueno y malo, obtiene su forma a través de un procedimiento complejo. Sin ser injustos con el proceso, podríamos interpretarlo como un diálogo. Nuestras opiniones morales o valorativas son producto de este diálogo, por tanto, debe preocuparnos el estado actual y futuro de los procedimientos discursivos sociales.

CONCLUISONES

Primera. La discrecionalidad y la arbitrariedad en la adjudicación contractual, han constituido un serio obstáculo pare le desarrollo doctrinal con perspectivas modernas.

Segunda. Debemos aprovechar el espacio que se presenta en la necesaria razonabilidad para adjudicar un contrato, a fin de avanzar en la interpretación jurídica de la adjudicación contractual.

Tercera. Los procedimientos actuales en la adjudicación contractual dejan espacios de oportunidad para el llenado de la motivación.

Cuarta. Aprovechando tales espacios del procedimiento de adjudicación, proponemos la construcción de una motivación razonada, para construir las públicas y buena razones en la adjudicación contractual.

Quinta. Esta propuesta desemboca en un discurso jurídico moderno, bajo el siguiente concepto: la motivación en la adjudicación contractual se debe dar por parte del órgano correspondiente mediante públicas, aceptadas y buena razones por medio de las cuales se estabilicen las expectativas y conflictos sociales que se generan en la adjudicación contractual de las entidades públicas.

BIBLIOGRAFIA

Cisneros Farías, Germán, Argumentación y discurso jurídico, Trillas, México, 2012

Comadira julio, Rodolfo, La licitación pública, nociones-principios cuestiones, editorial Lexis-Nexis, Argentina, 2006

García de Enterría, Eduardo- Ramón, Fernández Tomás , Curso de Derecho Administrativo Tomo I, editorial Thomson Reuters, España, 2011

Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, editado por Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires ,2003

Muñoz Machado, Santiago, Tratado de Derecho administrativo y Derecho Publico general, tomo IV, Iustel, Madrid, 2011

Parejo Alfonso, Luciano, Lecciones de derecho administrativo, cuarta edición, Editorial Tirant lo Blanch, valencia ,2011

Puente Ledesma, Julio Cesar, "50 años en la Participación de la Obra Pública en México", en la Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo, año VI, Núm. 18, México ,2017

Valls Hernández, Sergio- Matute González, Carlos. Nuevo derecho administrativo, Editorial Porrúa, México, 2011

EL CONTROL INTERNO SOBRE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO: LA GARANTÍA PARA LA ASIGNACIÓN EFICIENTE DE LOS FONDOS PÚBLICOS

Juan Bautista Suárez Ramos
Licenciado en Derecho y Máster en Administración Financiera y Tributaria.
Interventor-Tesorero de Administración Local (categoría superior)

1. Idea general del contro linterno.

Para introducir el planteamiento de este asunto, nada mejor que acudir a nuestra Constitución Española de 1978, cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo artículo 31.2 exige que el gasto público realice "*una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía"*. Siendo tradicionalmente la suma de los capítulos 2 y 6 de los presupuestos de las administraciones públicas (gasto corriente de mantenimiento, servicios, suministros e inversiones) los que acaparan tanto en términos absolutos como relativos el mayor importe de gasto público, no cabe duda de el respeto a los principios constitucionales expuestos exige gestionar con mucho rigor la contratación pública, amén de cumplir con los consabidos principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (art. 1 TRLCSP[1]), recogidos en las Directivas de la Unión Europea que armonizan y regulan el mercado de la contratación pública, garantizando así la libertad de mercado y la libre competencia en nuestro mercado único. Además, como dice la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 121/000002 de Contratos del Sector Público, en la actualidad nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada "Estrategia europea 2020, dentro de la cual, la contratación pública desempaña un papel clave, configurándose como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondospúblicos.

En un Estado fuertemente descentralizado como España, el gasto público al que alude el mencionado precepto de nuestra Carta Magna está distribuido en tres niveles de Administración o, como se suele decir por los hacendistas, tenemos el poder financiero distribuido en tres ámbitos territoriales: el ámbito estatal, el autonómico y el local. Por tanto, la asignación de los recursos públicos es una tarea compartida por múltiples gobiernos, cuyos quehaceres confluyen en el tiempo e incluso sobre el mismo espacio territorial, de manera que para evitar duplicidades y solapamientos de la acción pública, tanto la propia Constitución como las normas básicas derivadas de la misma (Estatutos de Autonomía, Bases de Régimen Local), han distribuido esa acción en virtud

1 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 14 de noviembre (BOE 16 de noviembre de 2011).

del principio de competencia, respetándose el ejercicio legítimo de las mismas por cada una de las administraciones, en el marco de la Ley y en desarrollo de su autonomía constitucionalmente garantizada tanto a Comunidades Autónomas como a Entidades Locales.

Con la noble finalidad de garantizar esos principios constitucionales de eficiencia y economía en la asignación de los recursos públicos recursos que son, en definitiva, del conjunto de la ciudadanía-, en los tres niveles de poder financiero las normas presupuestarias respectivas (LGP, TRLRHL, etc. han introducido la función del control interno, que ejercemoslos interventores de cada administración, en sus tres acepciones de control de legalidad, control financiero y control de eficacia. Desarrollemos brevemente estos tres concpetos:

a) El control de legalidad:

Este control, llamado comúnmente función interventora, se ejerce se realiza con carácter previo a la adopción de acuerdos o resoluciones que sean susceptibles de generar derechos u obligaciones, movimientos de fondos o valores, una vez que los expedientes están completos, y supone verificar se respetan todas las disposiciones aplicables en cadacaso.

Por tanto, en este ámbito de la contratación pública y la búsqueda de su eficiencia, no se les escapa que este control de legalidad adquiere una gran relevancia, dado que de todo expediente de contratación se derivan gastos o ingresos para la Administración Pública. Por ello, en el iter procedimental de la contratación pública, el control de legalidad con la emisión del preceptivo informe del Interventor se realiza en varios momentos:

- Con carácter previo a la aprobación del expediente decontratación
- Con carácter previo a la adjudicación delcontratol.
- Con carácter previo al reconomiento de la obligación y ordenación delpago.
- Finalmente, en los expedientes de modicaciones contractuales, liquidaciones, resoluciones anticipadas y devolución degarantías.

b) Los controles financieros y de eficiacia:

Si la función interventora o control de legalidad es previa, los controles financieros y de eficacia son siempre posteriores, revisando la actuación del contratista después de ser ejecutada la prestación parcial o totalmente, no solo con finalidad crítica, sino con la emisión de propuestas correctoras, cuando el contratista, en la realización de la prestación, se desvía de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas (“lex contractus”) o se aparta del contenido de su oferta, incluidas las mejoras que ha propuesto. No cabe duda de que este control financiero, como se comentará a continuación, adquiere especial significación en los contratos en los que la prestación es de tracto sucesivo, singularmente en las concesiones administrativas, en las que el contratista, sometido a una relación de supremacía especial, es un agente de la Administración en la gestión del servicio público que tiene encomendado.

2. La fase de preparación de los contratos: la fiscalización del expediente de contratación.

Ya con el inicio del expediente, una vez que existe una propuesta para llevar a cabo una contratación, en la que se fijan los elementos esenciales del futuro contrato (objeto, precio, duración,

procedimiento para seleccionar al contratista), así como los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, antes de que se proceda a la aprobación del expediente por el órgano competente y se inicie el procedimiento de selección del contratista, ha de informar preceptivamente el órgano interventor. En este informe, se analizan entre otros los siguientes extremos:

a) La idoneidad de la prestación para el cumplimiento de los fines institucionales de la correspondiente Administración pública.

El todavía vigente TRLCSP en su artículo 22, así como el nuevo proyecto de Ley por el que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE (artículo 28), al inicio del Título que contiene las disposiciones generales sobre la contratación, disponen que "los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretendan cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a sua djudicación"

Este precepto alude, en primer término, a la necesaria competencia de la Administración contratante, de manera que solo se podrán contratar prestaciones en ejecución de ellas, pues si la Administración carece de competencia para ello, no debe celebrar tal contrato ni tan siquiera, iniciar el expediente de contratación.

En el ejercicio de este control previo, a los interventores se nos someten expedientes a fiscalización que incurren en este defecto. Pensemos, por ejemplo, en la propuesta emitida en un ayuntamiento para contratar obras de reparación en un cuartel de la Guardia Civil. Desde luego que la obra es puede resultar muy necesaria para que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado puedan desarrollar su trabajo en condiciones dignas, pero el Ayuntamiento no ha de promover la contratación, sino que la misma le compete al Estado, a través de la Dirección General de la Guardia Civil.

Otro aspecto importante en la aplicación de este precepto es que en el expediente se acredite esa necesidad de proveer el bien o servicio a través de la contratación, dado que no es posible que la Administración lo provea con sus propios medios. Dado que si la Administración ya tiene medios necesarios y adecuados para hacer por sí misma la prestación, ¿Por qué ha de contratarla con un tercero? En nuestra labor fiscalizadora hemos apreciado en bastantes ocasiones como, a pesar de que la Administración tiene un servicio con personal técnico cualificado para la realización de una determinada tarea, se produce la "externalización" de la misma mediante un contrato deservicios.

b) La existencia de crédito prespuestario adecuado y suficiente:

Desde el punto de vista de la Hacienda Pública, el presupuesto es un acto de planificación. Con razón decía ya a mediados del Siglo pasado el profesor NAHARRO MORA que el presupuesto es el plan económico de la Hacienda para un período de tiempo determinado.

Si al aprobar el Presupuesto la Administración planifica, en el impulso de la contratación ejecuta lo planificado previamente, por ello ya desde la racionalidad y lógica económica se entiende que

no se puede promover un contrato y comprometerse con un tercero si no se dispone de recursos financieros suficientes para afrontar el gasto.

Esta lógica económica se ha plasmado jurídicamente en la prohibición de comprometer gastos sin crédito adecuado y suficiente en el presupuesto, conllevando la nulidad de pleno derecho de aquelos actos y acuerdos que se adopten sin cobertura presupuestaria. La nulidad del acto es absoluta y radical, no convalidable, aplicándose el conocido aforismo "quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalesquere".

Bien es cierto que, a pesar de la contundencia legal, más veces de las que nos gustaría, las AAPP acuden a la vía de hecho en la contratación, es decir, los gestores encargan la realización de obras, servicios o suministros sin sujeción al procedimiento y sin asegurarse de que exista crédito adecuado y suficiente para tal fin. En tales casos, tradicionalmente se ha defendido al acreedor de buena fe, que luego de realizar la prestación a favor de la Adminsitración, presenta su factura y exige el pago de la misma. Ante estas situaciones, desde luego irregulares, los interventores siempre emitimos un informe de reparo, poniendo de manifiesto los claros incumplimientos legales. Pero, pese a todo, en la mayor parte de los casos se convalida la actuación, invocándose la conocida doctrina del enriquecimiento injusto, esto es, el que aprovecharía a la Adminsitración si luego de realizarse una prestación a su favor no paga el precio correspondiente. Por eso, ya en la propia legislación reguladora de la Hacienda Pública, se habilita un procedimiento excepcional denominado Reconocimiento extrajudicial de créditos, con el fin de que se pague al acreedor antes de que éste obtenga una sentencia favorable.

c) La determinación precisa del objeto del contrato:

La concreción de las necesidades a satisfacer es una de las finalidades de los pliegos de prescripciones técnicas que se incluyen en los contratos de servicios y suminitros, así como en el contrato de obras a través del proyecto técnico correspondiente. Cuando el órgano interventor analiza estos documentos en su labor fiscalizadora, ha de velar para que no existan imprecisiones ni vaguedades, de manera que se detallen perfectamente cantidades, tiempos y calidades, así como el precio, al que me voy a referir seguidamente.

d) La fijación del precio:

Decía nuestro querido poeta Antonio Machado que "*solo el necio confunde valor y precio*". Sobre tal distinción se ha teorizado mucho en Economía y ya ADAM SMITH en su conocida obra "*La riqueza de las Naciones" "Que la riqueza consiste en dinero, o en oro y plata, es una idea popular, derivada de las distintas funciones del dinero, como instrumento de comercio y como medida del valor [ ]. Como consecuencia de la segunda de esas funciones, estimamos todas las demás cosas por la cantidad de dinero que podemos conseguir a cambio de ella".*

Por su parte, el Plan General de Contabilidad de 2007[2], introduce como criterio de valoración en nuestro país el denominado "valor razonable" para cuantificar en el Balance determinados activos y pasivos, estableciendo que se trata del importe en que puede ser intercambiado un activo o

2 Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 517/2007, de 14 de noviembre (BOE 15 de noviembre de 2007).

liquidado un pasivo entre partes interesadas y debidamente informadas, en condiciones de independencia mutua. Este concepto nos da una idea de cómo ha de determinarse el precio adecuado de un contrato, en el que han de estar presentes esas características de información suficiente, interés en llevar a cabo la operación e independencia entre las partes contratantes.

Ya centrándonos en nuestro TRLCSP diferencia valor estimado de los contratos y precio, añadiéndose en el nuevo Proyecto de Ley el presupuesto base de licitación. El primero es el importe total pagadero según diversas estimaciones, mientras que el precio es el importe que realmente haya de pagarse en función de la prestación efectivamente realizada. Finalmente, el presupuesto base de licitación, según el artículo 100 del Proyecto de Ley, es el importe máximo de gasto que la administración puede comprometer, incluyendo el Impuesto sobre el Valor Añadido (que, con carácter general, no es deducible para la Administración Pública, al ser un consumidor final de bienes y servicios, por lo que incrementa el coste de la prestación contratada).

Con respecto al precio, se dispone que ha de ser cierto y deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que los pagos, en su caso, pudieran hacerse en moneda extranjera (así sucede en los contratos que se gestionan por los órganos de contratación de la Administración del Estado en el exterior). Nos impone la Ley que se cuide especialmente sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato y que atienda al general del mercado ya en el momento de fijarse el presupuesto, aplicándose en su caso, ya en el propio procedimiento de licitación, medidas para evitar bajas anormales odesproporcionadas.

La fijación del precio puede hacerse a tanto alzado o mediante la determinación de precios unitarios. Los interventores desde luego preferimos siempre este segundo sistema, dado que permite conocer el importe de cada una de las prestaciones a realizar, mediante la descomposición de los distintos factores que influyen en el mismo. Así, en el contrato de obras, que en España ha sido siempre el paradigma o referencia para los demás contratos, el proyecto de la obra contiene una descomposición incluso de los precios de cada unidad de obra, desglosándose mano de obra y materiales a incluir en cada unidad de obra, estimándose porcentualmente los gastos generales o costes indirectos (el 13 por 100 delPEM).

No siempre el precio más bajo conlleva la prestación más eficiente para la Administración, dado que hay que conjugarlo adecuadamente con la calidad, tiempo y otras características que determinan la mejor prestación (garantías adicionales, menor mantenimiento). Por ello, en el procedimento de licitación, el precio ha de conjugarse adecuadamente con estos criterios, para conseguir la mejor y más eficiente oferta.

Son preocupantes las bajas desproporcionadas, llamadas temerarias, dado que luego pueden acarrear incumplimientos por parte del contratista. Cuando en los contratos que se adjudicación teniendo en cuenta únicamente el precio o, si se establece en los pliegos, aquellos otros en los que se conjugan varios criterios para la ponderación de las ofertas, se aprecian bajas temerarias, hay que requerir a los licitadores incursos en temeridad para que justifiquen su oferta. En este apartado hemos comprobado que en España, en estos años que hemos pasado de fuerte crisis económica, especialmente en el sector de la construcción, las empresas estaban dispuestas a bajar mucho los precios a cambio de conseguir obras. Esta bajada generalizada de precios ha

beneficiado a la Adminsitración, pero debe ser muy vigilada siempre, siguiendo estrictamente la ejecución de las prestaciones, para impedir que la reducción excesiva se trate de recuperar por el contratista disminuyendo la calidad de aquellas.

Los precios fijados inicialmente por la aceptación de la oferta más ventajosa, sin duda pueden ser afectados por las variaciones económicas que furjan durante la ejecución del contrato, cuando esta se alarga en el tiempo, dando lugar a revisiones al alza o a la baja. Para compensar tales variaciones se ha de establecer el procedimiento y fórmula de revisión en cada contrao en particular que, después de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Dexindexación de la Economía Española, ya no puede ser un índice general, sino que ha de fijarse teniendo en cuenta índices específicos que reflejen los componentes de coste de la prestación contratada. Según el nuevo Proyecto de Ley la revisión solo procede en los contratos de obra, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento y aquellos otros cuyo período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. No son revisables en ningún caso los costes de amortización, los gastos financieros, los gastos generales ni el beneficio industrial. Con respecto a la mano de obra, solo procede su revisión en contratos distintos a los de obra y suministros de fabricación y equipamiento, siempre que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años financieros y la intensidad del uso del factor trabajo sea considerada significativa. En todo caso, para que proceda la revisión en aquellos casos que resulta admisible y esté prevista en el pliego de cláusulas admnistrativas particulares, tendrán que haber transcurrido dos años desde la formalización del contrato y haberse realizado el 20 por 100 de su importe (que no será objeto de revisión en ningún caso).

e) La elección del procedimiento de selección del contratista:

La función interventora vela para que el órgano de contratación respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, no discriminación y, en definitiva, transparencia en la contratación pública. Desde luego que nosotros defendemos que el procedimiento abierto, con uno o varios criterios para la selección del contratista adjudicatario, es el más respetuoso con tales principios.

Es cierto que nuestra legislación todavía permite acudir a los llamados procedimientos negociados sin publicidad, así como a la adjudicación directa de los denominados contratos menores, lo que sin duda es una auténtica rémora y propicia cierto espacio para prácticas corruptas. Afortunadamente y en aras de una mayor transparencia, en el Proyecto de Ley que se está tramitando desaparece la posibilidad de acudir a los procedimientos negociados por razón de la cuantía, con lo cual a buen seguro se limitará en el futuro inmediato una zona oscura de nuestros procedimientos de contratación pública.r de nuestro ordenamiento un camino procedimental propicio a permitir la corrupción.

f) Los criterios para apreciar la solvencia económica, financiera y técnica de los licitadores:

Para ser licitador de la Administración se ha de exigir a las empresas licitadores una mínima solvencia económica y financiera, así como una suficiente capacidad técnica para llevar a cabo la prestación en la que se ha concretado el objeto del contrato. Si estas exigencias son una garantía de que las posibles empresas adjudictarias son serias y tienen una estructura financiera y técnica fiable, no puede suponer en ningún caso una barrera que impida acceder al mercado de la

contratación pública a la pequeña y mediana empresa, a la que el legislador ha querido fomentar en los últimos tiempos, sabedor de que una buena parte de la actividad económica y del empleo descansa sobre sus espaldas. No es de extrañar, por tanto, que la Exposición de Motivos de la Ley que se tramita estos días en el Congreso invoque esta finalidad entre los objetivos de las últimas Directivas comunitarias

g) La exigencia de garantías:

La Ley prevé la posibilidad de que el órgano de contratación solicite motivadamente una garantía provisional, para garantizar la seriedad de las ofertas y, salvo en determinados contratos cuya prestación sea de bienes consumibles, se ha de exigir una garantía definitiva de, al menos, el 5 por 100 del importe de la adjudicación (excluido el IVA)

h) Otras posibles consideraciones:

Aparte de los aspectos susceptibles de fiscalización que se han comentado, después de las Leyes de Economía Sostenible y de Estabilidad Presupuestaria, el órgano interventor también ha de analizar la repercusión del futuro contrato sobre la estabilidad presupuestaria de la entidad contratante y su sostenibilidad financiera, entendiendo por tal la posibilidad de atender a los compromisos financieros presentes y futuros que el contrato y el resultado de la prestación puedan demandar. Con ello se pretende un análisis de viabilidad económica futura de la prestación, tratando de evitar infraestructuras o servicios que puedan resultar de imposible mantenimiento o prestación con el paso del tiempo.

Cuando el Interventor aprecia alguna deficiencia en el expediente que se somete a fiscalización, ha de proceder en primer término a la emisión de una nota de devolución a la Unidad gestora que lo tramita, a los efectos de que corrija o modifique aquellos aspectos cuestionados.

Remitido de nuevo el expediente a la Intervención, esta emite su informe definitivo, que puede ser de reparo si la unidad gestora mantiene la propuesta en los mismos términos. Dicho reparo no suspende la tramitación del expediente, a no ser que se esté fundado en los siguientes motivos:

- Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea el adecuado.
- Cuando se omitan en el expediente trámites o requisitos esenciales.

Si la unidad gestora que tramita el expediente no está de acuerdo con el reparo, corresponderá al superior jerárquico de la administración contratante resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva.

En todo caso, el Interventor está obligado a remitir todos los reparos al Tribunal de Cuentas y a los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas. Con su conocimiento, el Tribunal de Cuentas puede realizar fiscalizaciones de la actividad sometida a reparo y, en su caso, puede incoar procedimientos de responsabilidad contable, cuando en el expediente se aprecie un menoscabo de los fondos públicos. De esta forma, el Tribunal de Cuentas, único tribunal en materia de jurisdicción contable y supremo órgano fiscalizador, con absoluta independencia, complementa las actuaciones de los órganos de control interno, en aras de corregir aquellas conductas que en esta materia puedan suponer un efectivo menoscabo para los recursos públicos.

3. El Interventor en la Mesa de Contratación.

Además de su función fiscalizadora, el titular del órgano interventor forma parte como vocal de la mesa de contratación, órgano colegiado que tiene como función calificar las ofertas de contratos presentadas, inadmitir aquellas que no reúnan los requisitos exigibles y, a la vista de la valoración económica de las ofertas y las valoraciones de otros apartados por los comités de expertos designados al efecto, realizar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

En su condición de vocal, el Interventor tiene voz y voto para la adopción de las decisiones y propuestas de la mesa, siendo especialmente importante el asesoramiento presupuestario, tributario y, en general, la visión económica que puede aportar a la reflexión de este órgano colegiado.

4. La fiscalización de la ejecución del contrato: aspectos más controvertidos.

Desde que el contratista adjudicatario inicia la prestación, es necesario desde luego realizar un adecuado control de la misma, para exigirle el cumplimiento estricto de de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripiciones técnicas.

Aparte del control que se ejerce sobre la ejecución cuando el contratista presenta facturas con carácter previo al cobro, así como cuadno surgen expedientes de modificación contractual, el órgano interventor debe realizar sobre determinados contratos controles financieros y de eficacia. Así, cuando se prestan indirectamente servicios públicas mediante concesiones administrativas (según la nueva Directiva, contratos de concesión de servicios), se deberá exigir al contratista que en cada anualidad presente una memoria y las cuentas anuales de la concesión para que sobres las mismas, mediante la técnica del muestro propio de la auditoría, le órgano interventor pueda emitir un informe en el que, entre otros aspectos, pueda analizar los siguientes extremos:

• Realización de la prestación en cantidad, calidad e intensidad acordes con los pliegos y la oferta.

• Tarifas que se cobran a los usuarios del servicio, para garantizar que se respetan las aprobadas por la Administración en virtud de su potestad tarifaria.

• Costes en los que incurre el concesionario y posibles desviaciones sobre la oferta presentada.

Realizado el trabajo de auditoría, el órgano interventor eleva el informe al órgano de contratación, para que proceda, en su caso, a tomar las medida necesarias para la corrección de las anomalías advertidas, incluso incoar expediente de resolución del contrato, cuando se aprecien incumplimientos de las obligaciones esenciales.

5. Conclusión.

La buena administración exige en primer lugar, respeto a la legalidad, a la vez que eficacia y efiencia en el cumplimiento de los fines de cada administración pública. En el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento presupuestario y sus normas de desarrollo consagran el principio de buena buena gestión financiera, que engloba al mismo tiempo legalidad, eficacia y eficiencia, de manera que su efectivo cumplimiento integra todos los parámetros y límites en un solo concepto.

En el ámbito de la contratación pública que se está analizando en estas jornadas, es imprescindible llevar a cabo controles por órganos distintos a los que gestionan e impulsan los expedientes contractuales, para que desde una perspectiva más objetiva y dotada de independencia, se pueden reconducir aquellas prácticas que , o bien vulneran directamente las disposiciones legales aplicables o, más sibilinamente, con una interpretación poco acorde con la asignación eficiente de los fondos públicos, consiguen los objetivos programados, pero siempre a costa de un mayor gasto.

En la lucha contra las irregularidades, el fraude y la corrupción, tan presenta desgraciadamente en nuestras sociedades democráticas, el control interno que puede realizar los interventores de las distintas administraciones públicas puede detectar el fraude y la corrupción y, además, mediante el envío de información al Tribunal de Cuentas, exigir jurisdiccionalmente las correspondientes responsabilidades contables. La promoción del buen gobierno («good governance») en el sector público y de una buena y sana cultura administrativa que prevenga contra las prácticas irregulares es también misión de los órganos de control interno, a través de las recomendaciones contenidas en los informes de control financiero sobre la ejecución de determinados contratos.

En definitiva, la buena administración de la contratación que se está abordando en estas jornadas exige el esfuerzo y dedicación de todos los que actuamos en los procedimientos de contratación, tanto desde la gestión como desde el ámbito de control. Nuestra vocación como servidores públicos nos exige el respeto permanente al Principio de Legalidad, puesto que la Ley expresa siempre la voluntad popular, así como la administración de los recursos públicos con mayor rigor que si fuesen propios, puesto que son del conjunto de la ciudadanía y a ellos nos debemos.

Muchas gracias por su interés y por haberme brindado el inmerecido honor de compartir con ustedes estas reflexiones.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS EN ARGENTINA

Por Martín Galli Basualdo(*)

1. INTRODUCCIÓN

La (nueva) Administración Pública[1] argentina tiene delante suyo –en este momento– un reto esencial para recuperar su imagen interna y externa en los ciudadanos (nacionales y extranjeros), después de numerosos procedimientos licitatorios y concursos públicos rebosados de corrupción, obras de infraestructura nunca realizadas, obras hidráulicas no elaboradas o cumplidas en razón de la utilización de los fondos públicos para una finalidad diferente o impropia (y a raíz de ello, se han provocado inundaciones y otras catástrofes en ciudades y pueblos de nuestro país, que, en algunos casos, pudieron haberse evitado), un notorio retraso tecnológico en general, una situación heredada de emergencia energética y otras tantas consecuencias que han traído aparejado los últimos años del gobierno anterior que culminó su mandato constitucional el 9 de diciembre de 2015. Todo ello, realmente, ha de implicar un enorme esfuerzo para nuestro "buen gobierno" y buena administración de las instituciones públicas, con miras a recuperar el lugar en el mundo que hemos perdido y hemos de recobrar.

Pero, por otro lado, la Administración argentina tiene delante suyo, como si fuera la otra cara de la misma moneda, el desafío de encontrar un nuevo modo de modernizar el Estado[2] y los procedimientos administrativos; esto es, pensar el obrar administrativo poniendo el acento en la dimensión social del hombre y en la necesidad de resolver los problemas comunes que lo afectan

---

1 Acerca de la Administración Pública en Argentina ver: Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 11ª edic., La Ley, Buenos Aires, 2016, págs. 63 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, págs. 48 y ss. y en derecho comparado,sobre la evolución de su conceptualización: García de Enterría, eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 2001, págs. 27 y ss.; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Instituciones de Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 2007, págs. 89 y ss.; Garcia de Enterría, eduardo,"Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español", Revista española de Derecho administrativo Nº 59, Madrid, 1988, págs. 325 y ss.; Brewer - Carias, Allan, "La Administración Pública", en *El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez,* Edit. Jur. Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pág. 46; Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, Nº 16, 2012, págs. 197 y ss.

2 De ahí la importancia de las medidas que está adoptando el Ministerio de Modernización de la Nación en la Argentina, desde su creación el 10 de diciembre de 2015 .

en base a un pensamiento dinámico, abierto, plural y complementario[3]. Así, la Administración Pública, bajo el estándar de lo que se conoce a nivel mundial como "Buena Administración", aparece anclada en el ciudadano, no ya en el poder. Se trata de una visión que sitúa en el centro de las relaciones jurídicas públicas a la persona humana, al ciudadano y su desarrollo sostenible y a la promoción de la dignidad del ser humano.[4]

El objetivo de esta nueva Administración, de la "buena Administración", es aspirar a alcanzar una gestión pública de calidad, mejorar en forma real y tangible las condiciones de vida de los ciudadanos, garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas de las personas y del desarrollo sostenible de la comunidad y, fundamentalmente, evitar la cultura del enfrentamiento buscando instrumentos que permitan realizar la conciliación de intereses a través de técnicas de consenso, del diálogo, mediante pactos, acuerdos, procedimientos de renegociación, transacciones, mecanismos de conciliación, arbitraje, etc. [5]

Así, nos vemos obligados a instaurar un procedimiento administrativo inmerso en una convivencia, colaboración, una efectiva y real participación de los ciudadanos con el gobierno[6] y asociaciones público-privada, dotado de transparencia, en cuyo obrar se aplique una visión pro-administrado y pro-persona humana. El administrado, co-contratante de la Administración, particular o empresa han dejado de ser un súbdito, una persona que "no entiende" al funcionario de turno, a quien se la trata de un mal modo, a quien no se le explican los trámites administrativos[7] y a quien en todos los casos corresponda que se le rescinda por culpa el contrato administrativo que lo vincula con la respectiva autoridad pública concedente.

---

3 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público*, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 428 y ss.; Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* Comares, Granada, 2014, págs. 6 y ss. y *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* Edit. Reus, Madrid, 2012, págs. 124 y ss.

4 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., págs. 1 y ss.,*El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* ob. cit., págs. 25 y ss. y"El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP Nº 408, págs. 11 y ss.

5 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público*, ob. cit., pág. 429; Parejo Alfonso, Luciano, "Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España", AAVV, *Innovación y reforma del Derecho Administrativo,* INAP y Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, págs. 572/4. Aquí resulta importante destacar las ideas de reformulación del procedimiento administrativo, basadas en la colaboración, interrelación, el intercambio de información, la comunicación y el conocimiento, sobre las que alude Barnes, Javier, "Transformaciones (científicas) del derecho administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo", AAVV, en *Reforma del Estado y Transformación del Derecho Administrativo,* Bubok Publishing, Jaime Rodríguez - Arana Muñoz y Marta García Pérez (Dirección), España, 2013, págs. 51 y ss.

6 Peschard Mariscal, Jacqueline, "Del gobierno abierto a la transparencia proactiva: la experiencia del Ifai", AAVV, en *La promesa del Gobierno Abierto en Latinoamérica,* México, 2012, pág. 28.

7 En este sentido, véanse los TUPAS (Textos Únicos de Procedimientos Administrativos) en Perú (decreto legislativo 1272), los cuales implican que en los portales de internet o en otros medios, los organismos de la Administración deben publicar de qué modo los administrados han de cumplir con los procedimientos administrativos de su competencia, qué requisitos hay que completar para el trámite, plazos aplicables, autoridades competentes, cómo sigue la tramitación del procedimiento, etc. Se trata, como puede observarse, de instrumentos de buen gobierno y de simplificación de procedimientos.

En palabras de Víctor Hernández Mendibile, en virtud de este supra derecho se rescata una noción centrada en los seres humanos en las relaciones jurídico-públicas, el concepto de persona y más específicamente de la persona humana, en sus relaciones ante la Administración Pública.[8]

A tenor de todo lo expuesto, el Poder Ejecutivo argentino se ve obligado a reconstruir la imagen del sector público frente a sus ciudadanos como consecuencia de los estragos acaecidos en estos años[9] y a ir en la búsqueda de una Administración dialógica, abierta, democrática, honesta, austera, transparente, participativa, eficiente, eficaz, diligente en lo económico, responsable en lo fiscal, en la que se racionalicen y optimicen los procedimientos, y componedora de los conflictos que conspiran contra el desarrollo humano y la paz social.[10]

La participación necesaria, legítima y efectiva de los ciudadanos debe darse en la solución de los problemas y asuntos de dominio general. Así, se garantiza un gobierno responsable y contralado por los ciudadanos ("accountable governance")[11]. Esto es una obvia consecuencia de los gobiernos abiertos y las buenas administraciones públicas. Los ciudadanos, de esta manera, se ocupan y controlan en forma real, efectiva y continuamente las decisiones que adoptan los servidores públicos[12]. Esta situación que vivimos ahora en Argentina no se veía con el gobierno anterior, seguramente, porque escondía o mal informaba las decisiones administrativas y estadísticas públicas. La Administración anterior se identificaba por incurrir en reiteradas medidas arbitrarias, malos tratos, sumaba nuevos registros administrativos para evitar que los particulares pudieran exportar, etc. Se trataba de una Administración mala, arbitraria[13] y confrontativa, y en esos años se enriquecieron ilegítimamente gran cantidad de funcionarios públicos a costa del Estado y de un modo que dios quiera no vuelva a repetirse nunca en nuestro país.

Esto último, como era de esperar, generó desafección en la ciudadanía, falta de participación cívica (en muchas personas), incentivó a la insolidaridad, la corrupción y la ineficiencia, y desincentivó la integridad y efectividad gubernamental y de toda la sociedad.[14] Tal situación relativa a la participación, interés y control ciudadano, por suerte, ahora, está cambiando.

---

8 Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Asociación Peruana del Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima, 2016, págs. 307 y ss.

9 Ver Montero, Gregorio, "Ética, moral y potestad disciplinaria: una mirada desde el régimen jurídico funcionarial", AAVV, en *El Derecho administrativo en Iberoamérica. En homenaje al profesor Mariano Brito*,t. I, Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Luis José Bejar Rivera (Coordinadores), México, Espress, Universidad Panamericana, 2015, págs. 355 y ss.

10 Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.; Freitas Juarez, *O controle dos atos administrativos e os principios fundamentais,* Malheiros Editores, San Paulo, 2009, págs. 36-40.

11 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

12 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., págs. 3 y ss. y *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* ob. cit., págs. 28 y ss.

13 [0]Acerca de la mala administración, ver en Mallen, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena Administración,* INAP, Madrid, 2004, págs. 110 y ss.

14 Se han puesto en práctica, en nuestro país, entonces, las consideraciones esgrimidas por: Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., pág. 7; Mendieta, Manuel Villoria – Forcadell Esteller, Xavier,"Introducción general", AAVV, *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local,* Mendieta, Manuel Villoria (director) – Forcadell Esteller, Xavier (coordinador),Tecnos, Barcelona, 2015, pág. 17.

Estimo que el camino que estamos andando en la Argentina nos está conduciendo a generar y transmitir en los ciudadanos una nueva confianza en nuestra República y en sus instituciones públicas, como así también en que sus gobernantes podrán solucionar los problemas (heredados) en numerosas materias, tales como: delincuencia (corrupción, narcotráfico, etc.), generación de infraestructuras, pobreza, incremento de productividad y desarrollo de los pequeños, medianos y grandes productores, comerciantes e industriales, agregado de valor en origen y arraigo en el interior del país, realización de obras que permitan tener agua potable, desagües cloacales y conectividad en todo el territorio nacional, etc.

Sin perjuicio de esto último, interesa adelantar que la ejecución de los contratos que celebró el Estado nacional en estos últimos años, se realizó, en gran medida, sobre la base de pliegos de bases y condiciones mal conformados o direccionados con fines de favorecer en forma individual a contratistas "afines" al gobierno anterior. Y no sólo eso, fueron ejecutados en función de especificaciones técnicas erróneamente diseñadas y en forma indebida por un gobierno populista, cerrado y, en gran cantidad de momentos, autocrático y arbitrario. Ese gobierno, que duró hasta el 9/12/2015 en la Argentina, creó e hizo uso de la maléfica inflación, imposibilitó de manera irregular la operatoria internacional de bienes en tiempo y forma (detenía, *sine die,* productos en la Aduana o antes, sin el dictado de los respectivos actos administrativos y el cumplimiento del régimen legal vigente en la materia), e implementó un inusitado "cepo cambiario" que impedía movilizar libremente divisas a las personas. Todo ello, como era de esperar, generó enormes obstáculos y barreras, en cuyo marco ha visto desarrollarse la vida de los contratos públicos en condiciones sumamente anormales en estos años.

En fin, en este sendero, por el que debemos transitar las Administraciones públicas y los administrativistas en general, nos encontramos con la implementación y puesta en marcha de mecanismos de control, frenos y restricciones que permitan conducir la actividad administrativa dentro de límites racionales, proporcionales y necesarios para alcanzar el interés general, con plena sujeción al Estado de derecho[15]. Aunque, sin lugar a dudas, el tema cardinal de la lucha contra la corrupción[16], el cual encuentra un aliado fiel en el diseño y aplicación de todos estos códigos éticos, recomendados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Unión Europea (UE), el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y otros organismos internacionales que han adoptado tratados, convenciones y cartas relacionadas con el tema.[17]

---

15 Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

16 Ampliar en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "La directiva de contratación pública y la lucha contra la corrupción", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 601 y ss.

17 Conf. Montero, Gregorio, "Ética, moral y potestad disciplinaria: una mirada desde el régimen jurídico funcionarial", AAVV, en *El Derecho administrativo en Iberoamérica. En homenaje al profesor Mariano Brito*,t. I, Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Luis José Bejar Rivera (Coordinadores), ob. cit., págs. 355 y ss.; la Convención contra la Corrupción de la ONU del año 2003; la Carta Interamericana contra la Corrupción de la OEA de 1996; la Carta de Derechos Fundamentales del 2000 de la Unión Europea; el Código Iberoamericano de Buen Gobierno por la Conferencia Iberoamericana de Ministros y Ministras de Administración Pública y Reforma del Estado del 2006, respaldado ese mismo año por la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

2. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Hace varias décadas, se ha venido desarrollando el derecho fundamental, deber inherente a los poderes públicos y principio rector que rige el quehacer de las administraciones públicas, denominado "buena administración" [18].

En efecto, el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé el derecho a la buena administración del siguiente modo[19]:

"Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

– el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

– el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

– la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua."

Dicho precepto se estima que constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo.[20]

También se ha indicado que se trata de un derecho de contenido plural y complejo[21], y que la mencionada norma enfatiza que la Administración es una Administración vicarial y que, por ello, debe procurar el servicio a los ciudadanos de manera "imparcial y equitativamente", atendiendo los asuntos dentro de un plazo razonable. [22]

---

18 La evolución de este derecho fundamental ha sido explicada en profundidad por Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP Nº 408, págs. 11 y ss. y en *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., págs. 6 y ss.

19 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue aprobada el 7/12/2000, en el Consejo Europeo celebrado en Niza, 2000/C 364/01.

20 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* ob. cit., págs. 130/1.

21 Perrino, Pablo Esteban, "El derecho a la tutela administrativa efectiva y a la buena administración", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

22 [0]Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

3. LA BUENA ADMINISTRACIÓN. SU IMPORTANCIA Y CONTRIBUCIONES

Según lo ha venido explicando el profesor Jaime Rodríguez - Arana Muñoz, la buena administración pública puede ser concebida y cumple una triple funcionalidad: es un derecho humano fundamental, se traduce en una obligación inherente a los Poderes Públicos y es un principio general del Derecho Público y de la Ciencia de la Administración.[23]

Por su parte, el maestro Cassagne puntualiza que la novedad más importante que introduce este precepto es el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos a favor de los ciudadanos como contracara del deber de la Administración de resolver los asuntos en forma imparcial y equitativa, dentro de un plazo razonable. El incumplimiento de esos deberes por parte de la Administración genera derechos exigibles por los ciudadanos ante el poder judicial y, al propio tiempo, condensan un principio que procura una mayor celeridad y eficacia administrativa en beneficio de las personas. [24]

Aquí lo que se piensa, como sabemos, es en un nuevo dialogo entre la Administración y los administrados. Es decir, se procura lograr que el Estado sea dialógico, democrático, honesto, austero, receptivo, transparente, participativo, efectivo, eficiente, eficaz, diligente en lo económico, responsable en lo fiscal, a través del cual se racionalicen, simplifiquen y optimicen los procedimientos, y componedor de los conflictos que conspiran contra el desarrollo humano y la paz social.[25]

Así, las administraciones domésticas, en el marco de las exigencias que la globalización les imprime, han de propender a que su actuación sea racional, eficiente, transparente, contestable, sujeta a la Ley, como condiciones básicas para el intercambio de bienes y servicios y, fundamentalmente, para facilitar las inversiones extranjeras.[26]

Conforme lo adelantado, el objetivo de esta nueva visión reside en poner el acento en las relaciones jurídicas públicas, que se entablan con la Administración, en los administrados, los particulares, la persona y dignidad humana.

La persona humana pasa a ser el centro de la acción administrativa que, sin desatender las formalidades garantísticas, proyecta un nuevo formalismo más favorable a las libertades que a los

---

23 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., págs. 2 y ss.y "El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP Nº 408, págs. 11 y ss. Acerca del derecho a la buena administración definido en el art. 41 de la citada Carta Europea y su aplicación al ordenamiento jurídico español, véase Valcarcel Fernández, Patricia, "El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración", en *Las vías administrativas de recurso a debate*, Fernando López, RAmón (Coordinador), Madrid, 2016, págs. 306.

24 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público*, ob. cit., pág. 429.

25 Ver Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.; Freitas Juarez, *O controle dos atos administrativos e os principios fundamentais,* Malheiros Editores, San Paulo, 2009, págs. 36-40.

26 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.; Ponce Solé, Juli (coordinador), *Derecho administrativo global,* Marcial Pons, Madrid, 2010.

poderes de la Administración[27] y la Administración se configura como un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos. [28]

Cabe concebir el obrar administrativo, entonces, poniendo el foco en la dimensión social del hombre y en la necesidad de resolver los problemas comunes que lo afectan en base a un pensamiento dinámico, abierto, plural y complementario[29].

Obsérvese que estamos dejando atrás el concepto de Administración basada en la posición de supremacía que ésta ejerce (de acuerdo con el régimen de privilegios y prerrogativas, nociones como las del servicio público y de policía, etc.). Obviamente, estamos repensando aquella idea clásica de que el Derecho administrativo ha sido, en esencia, un Derecho del poder. [30]

Por lo tanto, esta es una visión que sitúa en el centro de las relaciones jurídicas públicas a la persona humana, al ciudadano y su desarrollo sostenible y la promoción de la dignidad humana. Huelga rememorar que los ciudadanos son los legítimos dueños del poder público y de sus estructuras, ya que las potestades del Estado derivan del consentimiento de ellos. Así las cosas, los servidores públicos deben ser considerados como administradores y gestores de estos poderes estatales y deben rendir cuentas permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía[31].

En definitiva, se procura equilibrar los derechos y necesidades del ciudadano con los poderes públicos que en algunos países en los últimos años han sido fuertes e innecesariamente intervencionistas.[32]

A la luz de estas directrices jurídicas, se deja atrás, como puede verse, la visión estatocéntrica y dos paradigmas de Estado: el Estado minimalista (propio de los años 90 en varios países de nuestra región) o el Estado omnipresente (algunos países de Latinoamérica, en estos últimos años).[33] Procuramos, así, un Estado desarrollista, que va acompañado de buenas políticas e instituciones, factor clave de progreso económico y social. [34]

De este modo, los objetivos de esta moderna Administración, sustentada en el supra concepto de la "buena administración", procuran alcanzar una gestión pública de calidad, garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas de las personas y del desarrollo sostenible de la comunidad y, muy especialmente, evitar la cultura del enfrentamiento y buscar instrumentos que per-

---

27 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y administrativo*, ob. cit., pág. 429

28 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.; Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., págs. 2 y ss.

29 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público*, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 3428 y ss.;

30 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

31 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* Comares, Granada, 2014, págs. 1 y ss.

32 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y administrativo*, ob. cit., pág. 429.

33 Ver Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

34 [0]Mendieta, Manuel Villoria – Forcadell Esteller, Xavier, "Introducción general", AAVV, *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local,* ob. cit., pág. 19.

mitan realizar la conciliación de intereses a través de técnicas de consenso, del diálogo, mediante pactos, acuerdos y transacciones. En esta inteligencia, los sistemas de mediación, conciliación y arbitraje marcan una superación de la legalidad formal y la realización de la justicia material a través de la equidad. (35)

El camino que cabe transitar, en nuestros países, debe ser no sólo a través de la incorporación de estos preceptos jurídicos, sino también, generar y transmitir en los ciudadanos una nueva confianza en nuestra República y en sus instituciones públicas, como así también en que sus gobernantes podrán solucionar los problemas constantes que han de ser superados después de años de un estado populista.

En consecuencia, el derecho administrativo, de un modo global en los diversos países, debe constituirse en una reafirmación de la centralidad de la persona humana y la consiguiente servicialidad de las instituciones. (36)

La Administración se define, con este criterio al que adherimos, de acuerdo al rol que debe cumplir dentro del Estado, como institución orientada al servicio de los ciudadanos. En virtud de ello, la clave que permite definir a la Administración no es ni el servicio público ni la prerrogativa ni ningún otra del derecho administrativo, sino el servicio a los ciudadanos, de lo cual ha derivado, en estos años, el interés del Derecho Administrativo por la "buena Administración". (37)

Este derecho fundamental lleva a que todos los días deba adaptarse el derecho administrativo –y siga siendo, por consiguiente, un derecho *in fieri*– en orden a satisfacer con eficiencia, las necesidades colectivas e individuales de las personas, lo que conduce a replantear la función de algunas reglas del antiguo derecho administrativo, como: los principios de ejecutoriedad y ejecutividad, el ejercicio de prerrogativas de parte de la Administración (ha de tenderse a su atenuación y acotamiento), el efecto suspensivo de los recursos que imponen multas, el pre-concepto de que el administrado es un simple sujeto moldeado por la Administración en función del servicio público, el ejercicio de la función administrativa y la prerrogativa, etc. A su vez, exige la vigencia efectiva del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos. (38)

---

35 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y administrativo*, ob. cit., pág. 429; Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

36 Delpiazzo, Carlos E., "Perspectiva interamericana del derecho administrativo global", en *Desafíos del derecho Administrativo contemporáneo,* Tomo II, Paredes, Caracas, 2009, págs.1286 y ss.

37 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

38 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y administrativo*, ob. cit., págs. 429/460; Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP Nº 408, págs. 11 y ss.; Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

4. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA[39]

4.1. Este derecho fundamental a la buena administración ha sido consagrado en el derecho iberoamericano, a raíz de su incorporación en la "Carta Iberoamericana de los derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública"[40].

Se trata de un estatuto del ciudadano en relación con la Administración Pública, que está compuesto por el mentado supra derecho a la buena administración y sus derechos componentes, como así también por los deberes que definen la posición jurídica del ciudadano.

Dicho plexo jurídico reviste el carácter de "soft law" [41], ya que como indica el prólogo de la mentada Carta Iberoamericana: *"la presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las normas relacionadas a la Administración Pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos."*

De esta manera, los gobiernos iberoamericanos han asumido compromisos, en los que se ha reiterado la importancia de garantizar la existencia y funcionamiento de la buena administración mediante la incorporación de normas jurídicas y su coexistencia con las actualmente vigentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos.[42]

La carta iberoamericana que nos ocupa es una clara muestra de ello.

4.2. La finalidad de la precitada Carta Iberoamericana ha sido establecida en su Cap. Primero en los siguientes términos: *"la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana."*

4.3. En el prólogo de la Carta Iberoamericana que nos ocupa, tras formularse ciertas definiciones en torno a la centralidad de la persona humana y el mejoramiento continuo de la calidad de la

---

39 La comunidad iberoamericana y sus gobiernos han ido adquiriendo compromisos en el marco de las reuniones regionales, en las que se ha reiterado la importancia de reconocer y garantizar el funcionamiento de la Buena Administración. Varios códigos y cartas iberoamericanas se dictaron con motivo de esas reuniones en estos años. Aquí nos detendremos a considerar respecto de sólo uno de ellos.

40 La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública ha sido aprobada el 10 de octubre de 2013, por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

41 Perrino, Pablo Esteban, "El derecho a la tutela administrativa efectiva y a la buena administración", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

42 Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

vida de las personas, se preceptúa acerca del derecho fundamental, deber y principio a la Buena Administración en su triple dimensión, en los siguientes términos:

"La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.

La buena Administración Pública, sea como principio, como obligación o como derecho fundamental, no es ciertamente una novedad de este tiempo. La Administración Pública siempre ha estado, está, y seguirá estando, presidida por el muy noble y superior principio de servir con objetividad al interés general. Ahora, con más medios materiales y más personal preparado, tal exigencia en el funcionamiento y estructura de la Administración Pública implica que el conjunto de derechos y deberes que definen la posición jurídica del ciudadano esté más claramente reconocido en el ordenamiento jurídico y, por ende, sea mejor conocido por todos los ciudadanos.

La Administración Pública debe estar al servicio objetivo de los intereses generales. Unos intereses que en el Estado Social y Democrático de Derecho ya no se definen unilateralmente por las Administraciones Públicas. Por el contrario, los Poderes Públicos deben salir al encuentro de los ciudadanos para que de forma integrada y armónica se realice la gran tarea constitucional de la construcción democrática, profundamente humana, solidaria y participativa, de las políticas públicas. Una función que en este tiempo debe diseñarse desde las coordenadas de la participación social, tal y como se puso de relieve en la precedente Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública adoptada en Estoril el 1 de diciembre de 2009 por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a iniciativa precisamente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

En la medida que la ciudadanía ponga en valor su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de las Administraciones públicas. Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del fundamental a una buena Administración Pública, el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será una realidad.

El estatuto del ciudadano en relación con la Administración Pública está compuesto por el derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes, así como por los deberes que definen también la posición jurídica del ciudadano. Derechos y deberes son expresiones de la naturaleza dinámica y activa que hoy el Estado Social y Democrático de Derecho demanda de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas."

4.4. Como es sabido, el profesor Jaime Rodríguez – Arana Muñoz fue quien redactó a pedido de la secretaria General del CLAD el borrador del texto finalmente aprobado como Carta Iberoamericana de los derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública

Esta Carta Iberoamericana conlleva un contenido más extenso y rico que el previsto en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. (43)

Expresa Durán Martínez, en un trabajo en el que alude a la simplificación de procedimientos y la desburocratización, que en forma clara indica la Carta iberoamericana que la Administración debe estar al servicio objetivo de los intereses generales. Con sólo esto se deslegitima la burocracia en su versión peyorativa. (44)

Y, además, el mismo autor precisa que la Buena Administración *"supone elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo, que los servicios públicos funcionen correctamente, acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías".* (45)

4.5. En el Capítulo Tercero de dicho plexo normativo se contempla este derecho a la buena administración y se realiza la enunciación de sus derechos derivados y que compone el mismo, a cuyo precepto nos remitimos *brevitatis causae.*

Sin embargo, cabe señalar que en dicha disposición se incluyen: 1) el derecho a la motivación de las actuaciones administrativas; 2) el derecho a la tutela administrativa efectiva; 3) el derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale; 4) el derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos; 5) el derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país; 6) el derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente; 7) el derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas; 8) el derecho a servicios públicos y de interés general de calidad; 9) el derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa; 10) el derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo; 11) el derecho a presentar quejas y re-

---

43 Como bien lo indica Perrino, Pablo Esteban, "El derecho a la tutela administrativa efectiva y a la buena administración AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

44 Durán Martínez, Augusto, "Simplificación administrativa y barreras burocráticas", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 199 y ss.

45 Durán Martínez, Augusto, "Buena administración y debido proceso", AAVV, en *Derecho Administrativo Iberoamericano (contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimiento administrativo, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad)*, Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, 2001, pág. 610.

clamaciones ante la Administración Pública; 12) el derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente; 13) el derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos; 14) el derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública; 15) el derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general y a que en las resoluciones desfavorables consten los medios de impugnación que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, con expresa mención de los plazos y consecuencias jurídicas de la interposición de tales reclamaciones o recursos; 16) el derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad; 17) el derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo; 18) el derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten; 19) el derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten; 20) el derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general; 21) el derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.

Como sabemos, hace años el profesor Rodríguez –Arana ha venido haciendo hincapié en estos derechos concretos y componentes del *supra* derecho a la buena administración, en sus diversas publicaciones[46].

5. La ejecución de los contratos celebrados por el estado nacional en la Argentina

En este segundo tramo de la presente publicación, nos detendremos a examinar las cuestiones que se suscitan a propósito de los contratos administrativos y los sujetos al derecho privado que celebra la Administración con los particulares, y, de un modo particular, pondremos el foco en lo concerniente a su etapa de ejecución.

5.1. El debate doctrinal de hace casi veinte años en la Argentina acerca de la conceptualización y existencia de los contratos administrativos

Si bien durante varias décadas del Siglo XX se reconoció el instituto del contrato administrativo en la Argentina[47], a finales de la década del noventa se produjo una conocida polémica entre nues-

---

46 Véase:Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., págs. 86 y ss. y *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* ob. cit., págs. 158 y ss.

47 Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo,* Tº II, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, pág. 146; Diez, Manuel Maria, *Derecho Administrativo,* Tº II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, págs. 435 y ss.; Fiorini, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo,* Tº I, La Ley, Buenos Aires, 1976, pág. 414; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 44 y ss.; Berçaitz, Miguel Angel, *Teoría General de los Contratos Administrativos,*ob. cit., págs. 117 y ss. Postura que ha defendido en la Argentina el profesor Cassagne, Juan Carlos, en *El Contrato Administrativo*, desde su primeraedición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

tros administrativistas respecto de la existencia y sustantividad de los contratos administrativos, y su diferenciación con los contratos de derecho privado[48].

En prieta síntesis, es dable recordar que Mairal[49] criticó, en aquella ocasión, que pudiera considerarse al contrato administrativo como una categoría autónoma y diferente del contrato civil o comercial. De tal modo, se atribuyó a la teoría del contrato administrativo peligrosidad para la seguridad jurídica. A su vez, el citado autor postulaba que el régimen contractual del derecho privado representaba la mayor garantía para la estabilidad de los contratos administrativos y les negaba su sustantividad.

En una corriente doctrinal opuesta, Cassagne se enrolaba en la tesitura que aseveraba que el contrato administrativo tenía su base en una construcción jurídica que, apoyada en la causa de fin público relevante, se integraba con reglas, principios y potestades propias del derecho administrativo, cuyo bloque configura el denominado régimen exorbitante del derecho privado o típico del derecho administrativo[50]; aun cuando admitía y admite que es menester atenuar los alcances de las prerrogativas contractuales y dejar atrás la peligrosa conceptualización de las cláusulas exorbitantes.[51]

En una tercera tesitura, Barra llegó a sostener un régimen unitario para todos los contratos que celebra el Estado, al considerar que su presencia subjetiva tiene la suficiente fuerza para transformar esa participación en sustancial y convertir el respectivo acuerdo en un contrato administrativo. Interesa destacar que este otro sector de la doctrina también afirma la sustantividad del contrato administrativo[52], aunque bajo diversas fundamentaciones jurídicas.

Y en una cuarta posición interpretativa, Gordillo señalaba que cabía definir el contrato a partir de la idea de un "*in crescendo* de prerrogativas de poder público". Lo cierto es que este último autor pensaba en la defensa irrestricta del usuario en el campo de las concesiones del servicio público, debilitando así las garantías que les corresponden en derecho al concesionario, quien queda sino a merced del poder unilateral y discrecional del Estado[53].

---

48 Mairal, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo". ED 179-655; Cassagne, Juan Carlos, "Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo", ED 180-773; Mairal, Héctor "El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo", ED 180-849; Cassagne, Juan Carlos, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico", El Derecho 181-942; Mairal, Héctor A., "La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano", EDA 2000-525; Cassagne, Juan Carlos, "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino", ED, suplemento de Derecho Administrativo del 30/08/2001. También participaron de ese intercambio de ideas doctrinales: Bianchi, Alberto B., "Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos", ED 184-900 y 185-714; Barra, Rodolfo Carlos, "La sustantividad del contrato administrativo", ED, suplemento de Derecho Administrativo del 23/04/1999.

49 Mairal, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo". ED 179-655.

50 Cassagne, Juan Carlos, "Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo", ED 180-773,"La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico", El Derecho 181-942 y "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino", ED, suplemento de Derecho Administrativo del 30/08/2001.

51 Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº I,Cassagne, Juan Carlos (Director), La ley, Buenos Aires, 2013, págs. 6 y ss.

52 Barra, Rodolfo Carlos, "La sustantividad del contrato administrativo", ED, suplemento de Derecho Administrativo del 23/04/1999.

53 Gordillo, Agustín, "Contratos Administrativos", en AAVV, *Contratos administrativos*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1977, pág. 9 y ss., y "Los Contratos Administrativos", en AAVV, *Contratos Administrativos, Régimen de Pago y Actualización*, Tº I, Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 17.

Como puede notarse, este último criterio traduce una postura que intentó relativizar el régimen jurídico contractual administrativo (con lo cual, por cauces jurídicos diversos, confluía en algunas conclusiones esgrimidas por Mairal).

En rigor, la figura del instituto del contrato administrativo, tributario de las concepciones imperantes en Francia y en España, tras ese debate doctrinal y en estos años –tal como ha sucedido en el caso de muchas otras instituciones de nuestro derecho público– ha permanecido fiel, aun con los aportes vernáculos originales, al molde de la teoría *ius administrativa* del contrato [54].

Toda esta controversia doctrinal sobre la existencia de la categoría jurídica del contrato administrativo y su distinción con el contrato de derecho privado estatal convergió, en el derecho argentino, en la solución legal prevista por la regulación especial dictada para las contrataciones de la Administración Pública Nacional a través del decreto 436/2000 (es un decreto reglamentario de ejecución y autónomo; reemplazado, luego, por: el decreto 893/2012 y, en forma reciente, el actualmente vigente, decreto 1030/2016) y el decreto 1023/2001 (éste último ostenta rango de ley, pues es un decreto autónomo) [55].

Amén del esquema jurídico antes mencionado, el gobierno actual elevó al Congreso de la Nación y se sancionó, por primera vez en la Argentina, la ley de participación público privada(en adelante, "PPP")[56]. En efecto, se dictó la ley 27.328, a fines del 2016 y en febrero de 2017, entró a regir su decreto reglamentario 118/2017. Este nuevo régimen está empezando a ponerse en marcha en nuestro país, con lo cual las aseveraciones y reflexiones que realizamos a continuación se refieren, en gran medida, al sistema de contratación pública tradicional regido por el decreto 1023/2001 y su reglamentación (como vimos, en la actualidad: el decreto 1030/2016).

Con el devenir de los años, entonces, la figura del contrato administrativo se ha mantenido como una categoría autónoma y sustantiva, dotada de una teoría propia que la nutre de principios jurídicos comunes, tanto en doctrina como en la jurisprudencia Argentina y de derecho comparado (v.gr.: iberoamericana, española y francesa). A pesar de ello, como sostendremos *infra*, no queda resquicio de duda que las reglas y prerrogativas que acompañan el contrato administrativo han de ser morigeradas y el derecho fundamental de la buena administración es una interesante técnica jurídica útil y valiosa a tal efecto.

A continuación, pasaremos a examinar algunas cuestiones que se suscitan a propósito de los contratos que celebra la Administración con los particulares en el campo del derecho público y privado.

---

54 Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 1 y ss.

55 En tal sentido, hay que explicar que si bien se trata de decretos presidenciales, entre ellos existe un orden de prelación normativo en mi país. En efecto, el decreto 436/00, y sus ulteriores, decretos 893/2012 y 1030/2016 –este último, el actualmente vigente-, han sido dictados como decretos de ejecución y autónomos, por ende, en los términos del art. 99, inc. 1 y 2, de la Constitución Nacional y el decreto 1023/01 es un decreto delegado que, consiguientemente, cuenta con rango de ley con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la CN. Por lo tanto, la legislación en la materia la encontramos en el decreto 1023/01 y su reglamentación actual, en el decreto 1030/2016.

56 Anteriormente, solo contábamos, entre nosotros, con un decreto de ejecución y autónomo (arts. 99, inc. 1 y 2, CN), el decreto 967/2005.

5.2. Algunas consideraciones acerca de los contratos que celebra el Estado Nacional en la República Argentina

5.2.1. La actuación contractual del Estado puede materializarse en contratos administrativos, contratos interadministrativos y contratos de derecho privado[57].

Adelantamos que adherimos a la postura que distingue a los contratos de derecho privado de la Administración (o, si se quiere, los contratos parcialmente regidos por el derecho privado), de los contratos administrativos, mediante la "concepción sustantivizadora" [58], es decir, en función de la satisfacción del interés público relevante que persigue la Administración en la última de las instituciones contractuales aludidas, el cual se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en un régimen sustantivo propio del derecho público (criterio de la "causa-fin") [59]. Este límite del interés público[60] o finalidad pública, como sabemos, tipifica al contrato administrativo, diferenciándolo –de alguna manera– del contrato privado de la Administración o contrato reglado por el derecho privado (según la denominación que se elija) [61].

5.2.2. En orden a referirnos a la etapa de ejecución contractual, creemos conveniente detenernos brevemente a considerar la distinción que se ha formulado entre los contratos administrativos y los regidos por el derecho privado.

En efecto, los dos criterios interpretativos, a que se ha acudido para diferenciar a los citados instrumentos contractuales, han tenido –fundamentalmente– un tono orgánico (subjetivo) o sustantivo-finalístico.

---

57 Como así lo ha venido enseñando, desde hace años, el maestro Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, págs. 16 y ss. y *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, ob. cit., págs. 371 y ss. y "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº I, ob. cit., págs. 4 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., pág. 20. También podríamos incluir entre los contratos estatales, aunque a nivel supranacional, a los contratos que se celebren con Estados extranjeros y aquellos regidos por el derecho público internacional (cfr. decreto 1023/2001, art. 5, inc. c). En doctrina argentina, respecto del régimen jurídico que rige en el ámbito internacional y global, véase: Oscar Aguilar Valdez, "Sobre las fuentes del derecho global de las contrataciones públicas", disertación para las Jornadas de Derecho Administrativo sobre los *"Los principios del Derecho Administrativo en la práctica",* Universidad Católica Argentina*,* Buenos Aires, 20 de agosto de 2008, Revista de Derecho Administrativo, enero-marzo 2011, Abeledo Perrot, págs. 1 y ss. y "Fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Cassagne, Juan Carlos (Director), Tº II, ob. cit., págs. 677 y ss.; Muratorio, Jorge, "Contrataciones públicas en el Mercosur", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº II, ob. cit., 441 y ss.

58 Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios", en edición, próximo a publicarse, en la Revista de Derecho Administrativo, suplemento en homenaje al profesor Tomás Ramón Fernández.

59 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 16 y ss.; Solas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 21 y ss. Una tesis finalista similar ya había sido sostenida en la obra del profesorMarienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., págs. 44 y ss., pero, con posterioridad, con el avance de los años, y como veremos infra, ese criterio material fue complementado en nuestro país, en estos últimos años, por el Prof. Cassagne.

60 Garcia Macho, Ricardo (Director), en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores Especiales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 82 y ss.

61 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 16 y ss.; Solas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, ob. cit., págs. 21 y ss.

(I) El primero de ellos, hace hincapié en la presencia subjetiva de uno de los contratantes: la Administración Pública (en sentido material, como hemos señalado *ut supra*), infiriendo de ello que el régimen jurídico público aplicable en la materia emerge de las prerrogativas de poder público que acompañan a ese persona jurídica del vínculo contractual[62].

(II) En la segunda postura, que podría calificarse como finalística o sustantiva, se sustenta que la diferencia está en la causa – fin (finalidad u objeto), de naturaleza objetiva, propia del derecho público y en el régimen jurídico peculiar que deriva de su finalidad pública.

Tal posición jurídica sustentada en un criterio material u objetivo culminó en nuestro país con la doctrina de la sustantividad de los contratos administrativos. Esa concepción material y sustantivo, complementado con una tesis finalista, ha confluido en el criterio que hoy en día adoptamos al diferenciar a los contratos administrativos de los contratos de derecho común [63] en razón de la causa fin (finalidad u objeto), de naturaleza objetiva, propia del derecho público. Se entiende, así,

---

62 Véase esta conceptualización de que los contratos que celebra la Administración son contratos administrativos en: Gordillo, Agustín, "Contratos Administrativos", en AAVV, *Contratos administrativos*, ob. cit., pág. 9 y ss.; Barra, Rodolfo, *Los actos administrativos contractuales*, ob. cit., págs. 39 y ss., quien como hemos dicho sostiene la conceptualización unitaria y sustantiva en la contratación pública, en función de la presencia subjetiva de la Administración Pública. En la doctrina clásica, la explicación acerca de la postura subjetiva puede encontrarse en: Berçaitz, Miguel Angel, *Teoría General de los Contratos Administrativos,*ob. cit., págs. 190 y ss.; Escola, Héctor J., *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Tº 1, Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 69 y ss.

63 Este criterio por el cual se formula la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración se encuentra en los fallos recaídos en la causa "Sociedad Rural Argentina c/Estado Nacional s/ proceso de conocimiento". Tal precedente se vincula con el predio ferial de Palermo, ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su venta a la Sociedad Rural Argentina que se realizó en el año 1992, tras varias cesiones a su favor efectuadas desde la segunda parte del Siglo XIX. La escritura de compraventa del citado predio fue celebrada a mediados de 1992 (autorizada por decreto presidencial) y el bien se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble a nombre de la Sociedad Rural Argentina.
Los antecedentes se refieren, entonces, a ese contrato de compraventa y de hipoteca, y a un saldo de precio que quedó en un monto determinado tras la devaluación y pesificación de las deudas dispuesta por el gobierno argentino en el año 2002 (Ley 25.561 y normas dictadas en su consecuencia). El Estado determinó, en primer lugar, una suma de dinero adeudada, pero luego invocando una cláusula del Boleto de Compra Venta de fines de 1991 pretendió incrementarla al adicionarle una multa allí estipulada (como es sabido, este tipo de multas es de rigor incluirlas en un boleto de compra venta y rigen hasta tanto se celebre la escritura de venta).
En tales condiciones, la Sociedad Rural promovió una acción declarativa con el objeto de: (i) hacer cesar el estado de incertidumbre respecto de la suma que la actora debe pagar al Estado Nacional en concepto de saldo de precio por la compraventa del predio ferial de Palermo y cuáles son los parámetros que deberán utilizarse para su cálculo, y (ii) se declare que una vez abonada por la actora la suma de dinero que se derive del punto i), quedará cancelado en forma definitiva el saldo de precio de la compraventa, debiendo procederse a la inmediata cancelación de la hipoteca constituida como garantía de la escritura de venta e hipoteca.
Habiéndose dispuesto –indebidamente, a nuestro juicio- en sede administrativa la rescisión del contrato de compraventa (por Decreto 2252/12), la justicia dictó la medida cautelar de fecha 4 de enero de 2013, por la cual dispuso la suspensión de los efectos de ese decreto rescisorio y los actos dictados en su consecuencia. En base a una mera lectura del fallo puede notarse la importancia que reside en la aplicación del derecho privado para este tipo de técnicas contractuales civiles o comerciales a las que decide acudir el Estado.
Aquí, advertimos, como indicael profesor Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios", en edición, próximo a publicarse, en la Revista de Derecho Administrativo, supra cit., que el contrato de derecho privado, al carecer de prerrogativas de poder público unilaterales, goza de mayor estabilidad.

que se deriva de ese interés público o finalidad pública el régimen jurídico peculiar y exorbitante que rige en el campo del derecho administrativo contractual[64].

De tal manera, esta segunda postura doctrinal, a la cual, reiteramos, nos sumamos hace unos años[65], afirma la existencia de los contratos administrativos y sostiene su distinción con los contratos de derecho privado de la Administración, al poner de relieve que a través de los contratos administrativos, los órganos estatales procuran la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi,* interpretación equilibrio financiero, etc.) [66].

En virtud de este criterio sustentado en el concepto de "causa fin", representado en el interés público relevante[67], queda comprendido tanto el contrato administrativo en razón de su objeto o fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada o esté orientado a un fin público específico o directo[68], como aquellas contrataciones que tienen por objeto cosas o bienes instrumentales pertenecientes al derecho administrativo (v. gr.: dominio público) [69].

Mediante esta teoría de la "causa fin", que se encuentra en línea con otras posturas doctrinales y jurisprudenciales que sostienen la tesis finalista [70], se estima que lo que sucede en el contrato de derecho privado de la Administración es que el interés público queda relegado a los motivos o antecedentes del contrato, mientras que en los contratos administrativos se incorpora a la causa y se convierte en un "motivo causalizado"[71].

En este sentido, interesa señalar que, como dice Durán Martínez, y poniendo el acento de alguna manera en la buena administración, ese fin del Estado no es otro que *"el logro del bien común, entendido como el estado de hecho necesario para el adecuado desarrollo de la persona humana."* [72]

---

64 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 16 y ss. El criterio finalista ya se observaba en la obra del maestro Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., págs. 44 y ss. (sin perjuicio de que este autor, por momentos, combinaba tal postura con la doctrina de las cláusulas exorbitantes, que se ha visto superada con el correr de los años en el derecho Argentino y comparado donde campea la figura del contrato administrativo).

65 Galli Basualdo, Martín, "El contrato de derecho privado de la Administración", AAVV, en *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº I, ob. cit., págs.364 y ss.

66 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 16 y ss. Ver también en: Jeanneret de Pérez Cortés, maría, "Acto administrativo y contrato administrativo", en AAV, *Contratos administrativos,* ob. cit., pág. 143 y ss.

67 Solas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, ob. cit., págs. 21 y ss.

68 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., págs. 33 y ss.

69 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 16 y ss.

70 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., págs. 24 y ss. y, en forma más reciente, actualizada, en:Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 16 y ss., ySolas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, ob. cit., págs. 24 y ss.;Jeanneret de Pérez Cortés, maría, "Acto administrativo y contrato administrativo", en AAV, *Contratos administrativos,* ob. cit., pág. 143 y ss. Vemos, entonces, a la luz de lo expuesto, la influencia alcanzada por la teoría española del contrato administrativo (basada en la concepción francesa) en la mayoría de los países de Iberoamérica (como dice el maestro Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios", en edición, próximo a publicarse, en la Revista de Derecho Administrativo, supra cit.).

71 Solas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, ob. cit., págs. 24 y ss.

72 [0]Durán Martínez, Augusto, "El contrato administrativo en Uruguay", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº II, ob. cit., pág. 134.

Conforme lo ya indicado, de los contratos administrativos se deriva, a su vez, el régimen exorbitante del derecho privado, cuya presencia no depende de la voluntad de las partes, sino que existe con independencia de la decisión de ellas y emana del propio ordenamiento jurídico[73]. De esta forma, la cláusula exorbitante se entiende como un efecto o consecuencia del régimen administrativo (exorbitante del derecho privado). Su existencia explícita (o virtual) no genera prerrogativas de poder público genéricas a favor de la Administración, no dispara la aplicación de régimen administrativo al contrato de derecho privado, ni convierte en administrativo a un contrato de derecho privado, ya que en virtud de su objeto, por su naturaleza y finalidad habrá de estar regido por el derecho civil o comercial[74].

Es que las prerrogativas públicas del Estado emanan del ordenamiento jurídico (*ex lege*) y no de la intención, el acuerdo o la voluntad de las partes del vínculo contractual (*ex contractus*)[75]. (En nuestro país, más aún tras el dictado del régimen de contrataciones instituido a partir del decreto 1023/01 y sus normas reglamentarias).

Sobre tales bases, entonces, es también viable calificar al contrato de derecho privado de la Administración en un sentido sustancial en tanto el interés jurídico comprometido en él no sea relevante, en cuyo mérito la regulación de su objeto convencional le corresponde al derecho civil o mercantil, sin perjuicio, desde luego, de que el organismo contratante siga perteneciendo al Estado y que rijan, en lo que respecta a sus elementos competencia y forma, normas de naturaleza administrativa[76].

A estas líneas de pensamiento actuales en la Argentina, le añadiremos, entonces, más adelante, el derecho fundamental de la buena administración en orden a repensar los pilares que dan basamento a las prerrogativas públicas, poniendo el foco, por supuesto, en la persona humana, ya no en el poder. Es que, indudablemente, el interés público relevante debe traducirse en mejorar en forma real y tangible la calidad de vida de los ciudadanos.

5.2.3. Desde hace más de quince años rige, entre nosotros, el régimen normativo de las contrataciones de la Administración Nacional que emana del decreto 1023/01, el cual establece como pauta interpretativa que *"toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado."* (art. 1º)[77].

---

73 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 16 y ss.

74 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 29 y ss.; Entrena Cuesta, Rafael, *Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración,* ob. cit., págs. 63 y ss.;Villar Palasí, José Luis y Villar Ezcurra, José Luis,*Principios de Derecho Administrativo*, Tº III, ob. cit., pág. 63.

75 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 19 y ss.; Garcia de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ob cit., págs. 691 y ss.; Jeanneret de Pérez Cortés, maría, "Acto administrativo y contrato administrativo"*,* en AAV, *Contratos administrativos,* ob. cit., pág. 144.

76 VerCassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 22 y ss.; Solas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, ob. cit., págs. 21 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., págs. 44 y ss.

77 El decreto 1023/01, como dijimos, es un decreto delegado, que, por consiguiente, tiene rango de ley. Sin embargo, el art. 4, inc. a), incluye, indebidamente, entre los "contratos comprendidos" algunos contratos que, en rigor, no son administrativos. Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº I, ob. cit., pág. 30, puntualiza sobre este precepto normativo que implica *"establecer, para el contrato que no se*

En similar sentido, el art 7º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 –modificado por el decreto delegado precitado– establece otra directriz jurídica, en tanto preceptúa que *"los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente."*

A partir de las precitadas normas, y de las restantes que contiene el decreto 1023/01, entendemos que el objeto de un contrato de derecho privado estatal corresponde que esté regido por el derecho civil o mercantil –según corresponda–, y los restantes requisitos propios del derecho administrativo (competencia y forma –inclusive, el procedimiento–, los principios comunes –concurrencia, competencia, transparencia, publicidad, responsabilidad de funcionarios públicos, etc.–, las normas anticorrupción y las que reglamentan las contrataciones electrónicas[78]), por éste último.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se han fijado ciertos parámetros que pueden servirnos para el deslinde de ambas técnicas contractuales. En efecto, el Alto Tribunal ha caracterizado los contratos administrativos tomando en cuenta que el Estado esté *"en ejercicio de funciones públicas que le competen" o "el fin o la necesidad pública o propia de la Administración"*[79]. De ese criterio, conforme lo han estimado destacados juristas, se extrae, *a contrario*, que cuando no se encuentre el respectivo ente u órgano estatal cumpliendo uno de los fines propios de la Administración Pública, el contrato será de derecho privado[80].

A su vez, encontramos precedentes jurisprudenciales donde el Alto tribunal nacional aplicó el derecho civil a contratos estatales[81] y en un caso, en particular, hizo hincapié en el *"régimen jurídico preponderantemente de derecho privado"* y la *"finalidad que no resulta de innegable carácter público"*[82].

Empero, no queremos dejar de remarcar por ello, que la utilización de la contratación privada estatal no puede ser utilizada para vulnerar el interés público de toda la sociedad y el principio de legalidad que debe regir en el marco de un estado de derecho[83].

---

presume administrativo, una categorización privada que se apoya en la sustancia o fin del acuerdo, en la medida en que los objetivos que se persiguen, en forma inmediata, difieren de los que se procuran en el ámbito de las contrataciones regidas totalmente por el derecho público. Consecuentemente, este paralelismo de figuras conduce a que, para excluir una determinada materia en razón de su sustancia (el precepto utiliza la frase "salvo que de ella", lo cual, obviamente, traduce un criterio material), la determinación del carácter administrativo del contrato no puede hacerse de otra manera que basándose en un criterio similar que permita la comparación, esto es, acudiendo al análisis del objeto o fin del contrato sobre la base de la función administrativa y de las operaciones que constituyen el giro o tráfico que la tipifica."

78 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 45/6 y "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* T° I, ob. cit., págs. 4 y ss.Esto es lo que constituye la "zona común de la contratación pública" (Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios", en edición, próximo a publicarse, en la Revista de Derecho Administrativo, supra cit.).

79 "Dulcamara" (Fallos: 313:376), "YPF" (Fallos: 315:158) y "Cinplast" (Fallos: 316:212).

80 Cassagne, Juan Carlos, "La supervivencia de la figura del contrato administrativo y su categorización jurídica", en AAVV, *La contratación pública*, ob. cit., pág. 85 y Coviello, Pedro. j. J., "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN", en AAVV, *La contratación pública,* ob. cit., pág. 111.

81 "Deutsch" (Fallos: 306:1236), con cita a los precedentes de Fallos: 153:304, 175:275 y 195:230.

82 "Rosa Martínez Suarez de Tinayre" (Fallos: 308:821).

83 Coviello, Pedro. j. J., "Los contratos de derecho privado de la Administración", en *Cuestiones de Contratos Administrativos,* ob. cit., pág. 238.

5.3. Implicancias jurídicas de la diferenciación entre el contrato de derecho privado de la administración y los contratos administrativos en Argentina

A continuación, nos detendremos a analizar cuáles son las consecuencias y las razones de importancia que justifican la distinción entre la contratación de derecho privado estatal y la administrativa en la Argentina.

(I) *Régimen jurídico aplicable*. Como hemos visto, el contrato de derecho privado del Estado (en cuanto a su objeto, y lo concerniente a sus etapas de ejecución y extinción contractual) se rige por el derecho civil y comercial.

Sin embargo, algunas normas de derecho público cabría pensar que le resulten aplicables en lo que atañe a la competencia, a la forma y en la génesis de esta categoría contractual al estar regido por el régimen especial de naturaleza pública en su etapa procedimental precontractual o de formación de la relación jurídica contractual de objeto privado que concierta la autoridad estatal[84].

En el caso de este modo contractual privado de la Administración, su contenido, ejecución y extinción estarán regidos por el derecho civil o comercial, razón por la cual su régimen jurídico va a ser distinto en uno y otro caso[85].

En cambio, en el contrato administrativo gobierna un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, que se traduce en los hechos que el Estado puede ejercer prerrogativas (en forma unilateral) en materia de interpretación, modificación, sanción y extinción contractual, sobre las que aludiremos a continuación.

Vale decir, se trata de un régimen jurídico típico y peculiar que deriva de la "causa fin" del contrato administrativo (comprensiva, a su vez, tanto de aquellas contrataciones orientadas a un fin público específico y directo, como a las que tienen por objeto cosas o bienes instrumentales pertenecientes al derecho administrativo –v. gr.: dominio público–), y permite distinguir a ese contrato de naturaleza pública de las actividades civiles, comerciales o industriales del Estado que se plasman a través de las técnicas de contratación privada[86].

Actualmente, el régimen normativo argentino, en esta actuación contractual administrativa, lo hallamos en el decreto 1023/01 (con jerarquía de ley, por tratarse de un decreto delegado) y su decreto reglamentario 1030/2016.

(II) *Prerrogativas de poder público*. Aquí es donde radica, a nuestro juicio, la diferencia sustancial entre ambas técnicas contractuales.

En el contrato administrativo, el Estado cuenta con un cúmulo de potestades propias del derecho público para dictar actos administrativos que gozan de ejecutoriedad, en orden a: interpretar los contratos, modificarlos unilateralmente en las condiciones legales previstas al efecto (*potestas*

---

84 Ver Coviello, Pedro. j. J., "Los contratos de derecho privado de la Administración", en *Cuestiones de Contratos Administrativos,* ob. cit., págs. 227 y ss. y Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit.,págs. 45/6.

85 Un claro ejemplo de lo que decimos es el caso "Sociedad Rural Argentina c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento", supra cit.

86 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 23; Jeanneret de Pérez Cortés, maría, "Acto administrativo y contrato administrativo", en AAVV, *Contratos administrativos,* ob. cit., pág. 143.

variandi), ejecutarlos directamente, ejercer poderes de control, aplicar y ejecutar multas en la instancia administrativa, y rescindir los contratos por sí y ante sí (esto es, sin la previa intervención judicial) [87].

Por su parte, el contrato de derecho privado estatal, como vimos, se caracteriza por la ausencia del régimen administrativo, lo cual significa que, como regla general, no procede la ejecutoriedad administrativa, la aplicación y ejecución de multas en sede administrativa, el poder modificatorio unilateral, la rescisión del contrato en sede administrativa (v.gr.: durante la vigencia de un contrato de compraventa e hipoteca, o de un contrato de locación) y demás prerrogativas estatales de poder público[88].

(iii) *La igualdad entre las partes*. Conforme lo hemos puntualizado en nuestra publicación anterior que realizamos en torno a los contratos de derecho privado que celebra la Administración[89], la igualdad entre las partes que se presenta en el contrato de derecho civil o comercial es similar a la que se da en el íter de los contratos estatales de derecho privado y ello no acontece del mismo modo en el contrato administrativo.

Es que, como se ha hecho notar, en los contratos administrativos se presenta una suerte de desigualdad en la posición jurídica de la Administración[90] o una igualdad asimétrica o matizada[91], que distingue con claridad a éste último contrato del de derecho privado.

¿Qué implica esto en la práctica contractual administrativa?

Que el contrato de derecho privado de la Administración se traduce en una mayor libertad negocial y de deliberación de las cláusulas contractuales, como así también en una situación más igualitaria entre los contratantes en virtud de las reglas contractuales que rigen –en general– durante la ejecución, cumplimiento y finalización de esa relación jurídica bilateral.

A su vez, significa que, en un contrato de derecho privado, la Administración deja a un lado sus prerrogativas (dado que no se encuentra en juego una finalidad o interés público relevante) que la habilitan a adoptar decisiones unilaterales, modificar o rescindir en forma unilateral el acuerdo bilateral que vincula a las partes.

De tal manera, se modifica, por el tipo de contrato suscripto entre el Estado y el co-contratante de la Administración, la posición jurídica de la Administración respecto del Poder Judicial (principio

---

87 VéaseCassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 29 y ss.; Coviello, Pedro. j. J., "Los contratos de derecho privado de la Administración"*,* en *Cuestiones de Contratos Administrativos,* ob. cit., pág. 238; Solas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, ob. cit., pág. 37; Villar Palasi, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, ob. cit., págs. 167 y ss.; Rivero, Jean - Waline, Marcel, *Droit Administratif*, ob. cit., pág. 112 y ss.

88 Véase Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 29 y ss.; Coviello, Pedro. j. J., "Los contratos de derecho privado de la Administración"*,* en *Cuestiones de Contratos Administrativos,* ob. cit., pág. 238.

89 Galli Basualdo, Martin, *El Contrato Administrativo*, AAVV, en *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº I, ob. cit., pág. 29 y ss., al cual nos remitimos por obvias razones de brevedad.

90 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones,* ob. cit., págs. 108 y ss.;Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 34.

91 Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general de derecho administrativo como sistema,* ob. cit., págs. 19 y ss.; Moderne, franck, "La contratación pública en el Derecho administrativo francés contemporáneo", en *La contratación pública*, Tº 1, ob. cit., pág. 257 Ver lo supra indicado sobre esta cuestión en el acápite 2.5.

de ejecutoriedad o de autotutela), con lo cual cualquier cuestión que se origine entre las partes del contrato de derecho privado estatal habrá de ser resuelta –en principio y salvo que la legislación o las disposiciones convencionales dispongan lo contrario– directamente ante el Poder Judicial.

Un esquema similar a este último veremos que adopta ahora el nuevo régimen de PPP en la Argentina.

(IV) *El acuerdo de voluntad común y la estabilidad contractual dinámica*. Advertimos, en este punto, otra diferencia. Según lo ha sostenido la doctrina administrativista en estas últimas décadas, el acuerdo de voluntad común, en el contrato administrativo, puede implicar que se requiera modificar las pautas originales por razones de interés público[92]. Esto es, lo que se ha dado en llamar estabilidad contractual dinámica o interés público dinámico (en tanto y en cuanto, por ejemplo, se presenten cambios de circunstancias para el cumplimiento de la finalidad perseguida, que requieran de modificaciones objetivamente necesarias).

En el contrato estatal regido por el derecho privado, dicho acuerdo de voluntad común es mucho más fuerte y las partes deben ajustarse a la palabra empeñada en un sentido análogo a una relación entre particulares.

Obsérvese el caso citado de la "Sociedad Rural Argentina"[93]. El contrato de compraventa y de hipoteca suscripto entre las partes no debió ser modificado y extinguido en sede administrativa, conforme lo estimó la justicia en la instancia de la medida cautelar –hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión–, toda vez que se aplica el derecho privado a la relación contractual que vincula a las partes, y ello ha evidenciado una clara estrictez en la declaración de voluntad común plasmada por las partes (hace más de veinte años), propia del derecho civil y mercantil.

De este modo, consideramos que los principios de buena fe y de confianza legítima rigen en los contratos civiles y comerciales de la Administración de un modo más similar al que se informa y fundamenta en el derecho privado[94].

En los contratos de derecho privado, entonces, la interpretación contractual se distingue de lo que sucede en los contratos administrativos, por cuanto allí campea un interés público relevante e inmediato. La regulación positiva, en este caso, es mucho más detallada y completa, razón por la cual goza de mayor estabilidad al no estar sujeto a los continuos cambios de la política estatal en materia de contrataciones públicas[95]. Lo que decimos no implica que las reglas contractuales privadas sean irrevisables, sino que el Estado no puede acudir a sus prerrogativas de poder público, y los planteos pertinentes sobre la relación bilateral acordada habrá de efectuarlos –como regla general, que admite excepciones especiales expresamente estipuladas– ante la autoridad judicial, inclusive requiriendo una medida cautelar (ley 26.854, art. 16).

---

92 Ver Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 31; Solas Rafecas, Jose María de, *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, ob. cit., pág. 43; Villar Palasi, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, ob. cit., págs. 167 y ss.; Gambier, Beltrán, *El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos,* Revista de Derecho Administrativo, Nº 19/20, pág. 407.

93 Supra cit.

94 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 29 y ss.

95 Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios", en edición, próximo a publicarse, en la Revista de Derecho Administrativo, sup. cit.

Por lo demás, si la intervención judicial es requerida –en principio– obligadamente a nivel legal, en mi país, en aquellos casos en que los actos administrativos hubieren generado derechos subjetivos que se encuentran en plena ejecución y la Administración pretende revocarlos (lo cual implica que el Estado ha de acudir a la justicia por la vía de la acción judicial de lesividad –acción de nulidad–, cfr. art. 17 de la ley 19.549), más aún esa autoridad estatal, a nuestro modo de ver, está impedida de adoptar decisiones unilaterales y ejecutorias en sede administrativa por cuestiones derivadas de contratos regidos por el derecho privado que ella hubiere celebrado con un particular.

(V) *Competencia jurisdiccional*. Con motivo de este deslinde contractual, se desdobla, a su vez, la competencia judicial para el entendimiento de cualquier contienda que pudiera generarse en uno y otro caso.

En efecto, los pleitos originados a raíz de controversias que se suscitan entre las partes de un contrato administrativo se sustancian en la instancia judicial del fuero contencioso administrativo federal; mientras que las causas judiciales que se entablan entre el Estado y un particular con motivo de un contrato de derecho privado que los vincula, deben tramitar ante el fuero civil y comercial federal[96].

Como hace años se ha explicado, con absoluta razón, la competencia de los fueros del Poder Judicial es una consecuencia de la naturaleza del contrato en cuestión y no puede ser considerada como un elemento distintivo para calificar un contrato administrativo o de derecho privado estatal en el caso concreto[97].

Para la habilitación de la instancia judicial, antes de ello, en los contratos administrativos deberá agotarse la instancia administrativa por la vía recursiva y reclamatoria (según corresponda), mientras que en los contratos sujetos al derecho civil y comercial de la Administración existe una justiciabilidad directa, sin que corresponda formular planteos previos en sede administrativa.

5.4. Algunas consideraciones sobre la ejecución de los contratos que celebra el Estado en Argentina

5.4.1. A la luz de lo hasta aquí indicado, cabe esbozar algunas breves consideraciones en torno a la ejecución de los contratos que celebra el Estado argentino y su régimen aplicable.

A continuación, haremos referencia a las facultades, derechos y obligaciones de las autoridades administrativas y los co-contratantes, que se encuentran prescriptas en los arts. 12 y 13 del decreto (delegado) 1023/01.

---

96 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 31; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., págs. 123 y ss.; García de Enterría, eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., págs. 690 y ss.; Rivero, Jean - Waline, Marcel, *Droit Administratif*, ob. cit., pág. 122 y ss.

97 Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 17; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tº III A, ob. cit., pág. 48; Berçaitz, Miguel Angel, *Teoría General de los Contratos Administrativos,*ob. cit., págs. 191 y ss.; Escola, Héctor J., *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Tº 1, ob. cit., págs. 71 y ss.

5.4.2. A mero título enunciativo, podemos indicar que las facultades (prerrogativas) de poder público con las que cuenta el Estado Nacional en los contratos administrativos (en general) son las siguientes[98]:

(I) la interpretación de los contratos (resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento; decreto 1023/01, art. 12, inc. a);

(II) la modificación unilateral de los contratos fundada en razones de interés público (*potestas variandi*; decreto 1023/01, art. 12, incs. a y b)[99];

(III) el poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación (decreto 1023/01, art. 12, inc. c);

(IV) la facultad de imponer penalidades a los oferentes y a los cocontratantes (cuando éstos incumplieren sus obligaciones; decreto 1023/01, art. 12, inc. d);

(V) la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato (cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor, decreto 1023/01, art. 12, inc. e);[100]

(VI) la facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes (decreto 1023/01, art. 12, inc. f);

(VII) la prerrogativa para decretar la caducidad, rescisión o resolución de los contratos (y determinar sus efectos; decreto 1023/01, art. 12, incs. a, b –segundo párrafo y c).[101]

5.4.3. Conforme lo dispone el art. 13 del decreto 1023/01, los derechos y deberes del cocontrante son:

(I) El derecho a la recomposición de la ecuación económico financiera o la compensación de los desequilibrios en la ejecución del contrato (decreto 1023/01, art. 13, inc. a).

Esta situación se puede generar con motivo de la adopción de medidas estatales de carácter particular o general (v.gr.: el ejercicio del *potestas variandi,* el hecho del príncipe; es decir, lo que se conoce como "alea administrativa"), la teoría de la imprevisión (alea económica) o caso fortuito

---

98 Decreto 1023/2001, art. 12. Como la enunciación que realizamos se refiere a los contratos administrativos en general, no incluimos el análisis de la norma relativa a los contratos de suministros que prevé el decreto 1023/01, en su art. 12, inc. g).

99 En el decreto 1023/2001, art. 12, inc. b), se establece que la facultad de aumentar o disminuir tiene un tope cuantitativo en el veinte por ciento (20%) del monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos. Frente a esa decisión administrativa, el contratista puede invocar el derecho a resolver el contrato, o a que se le indemnice la alteración que se produzca de la ecuación económico financiera.

100 La ejecución directa que dispone la autoridad administrativa, puede serlo en forma definitiva o provisional. Se trata de una muestra de la vasta ejecutoriedad administrativa con la que cuenta el Estado en la Argentina (art. 12 LNPA).

101 A su vez, este régimen jurídico dispone que la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. La precitada previsión normativa ha sido objeto de importantes críticas en doctrina, véase: Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 121 y ss. y "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* T° I, ob. cit., págs. 4 y ss.;Perrino, Pablo E., "La responsabilidad contractual del Estado", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* T° III, ob. cit., págs. 16 y ss.

o fuerza mayor (decreto 1023, art. 13, incs. a y c), en tanto y en cuanto se reúnan los recaudos pertinentes que se requieren en cada caso en particular. [102]

Desde luego, el mantenimiento de la ecuación económico financiera es una manifestación del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*. En su carácter de colaborador de la Administración, el concontratante debe ser indemnizado por los sacrificios especiales que se le ocasionen a raíz de dichas causales, más aún en base a la aplicación del *supra* derecho de la buena administración.

(II) La obligación de ejecutar el contrato por sí (decreto 1023/01, art. 13, inc. b).

(III) Se encuentra prohibida la cesión o subcontratación, salvo consentimiento expreso de la autoridad administrativa, en cuyo caso el cocontratante cedente continua obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato (decreto 1023/01, art. 13, inc. b).

(III) La obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias (decreto 1023/01, art. 13, inc. c).

Aquí se disponen determinadas excepciones a lo antes dispuesto: (i) caso fortuito o fuerza mayor (ambos de carácter natural) y(ii) actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato, en cuya disposición quedan comprendidas el hecho del príncipe *–factum principis–,* la *exceptio non adimpleti contractus*[103], esto es, aquellas medidas de alcance particular o general que adopten las autoridades estatales y que afecten la ejecución contractual en las condiciones allí previstas (decreto 1023/01, art. 13, inc. c). [104]

6. LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA ARGENTINA

Corresponde, ahora, poner en práctica el derecho fundamental de la buena administración a los contratos que celebra la Administración Pública argentina, en orden a examinar a qué conclusiones nos conduce.

(I) Los contratos de derecho privado de la Administración deben salvaguardar los derechos concretos que componen el *supra* derecho de la buena administración, aun cuando el interés jurídico comprometido en él no ostente una finalidad pública relevante, en las condiciones *supra* expuestas. No debe perderse de vista que, como señalamos en un comienzo, por más que el Estado no

---

102 Ampliar en: Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 93 y ss. y "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* T° I, ob. cit., págs. 3 y ss.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* T° III B, ob. cit., págs. 347 y ss.; Bianchi, Alberto, "la fuerza mayor en la contratación con el Estado. El caso actual de los contratos de prestación de servicios públicos", AAVV, *La contratación pública,* T° II, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 861 y ss.

103 Por supuesto, cabe señalar que, salvo los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos y en lo estrictamente inherente a su continuidad, la *exceptio* no encuentra obstáculos para su procedencia (Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 98; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* T° III B, ob. cit., págs. 347 y ss.).

104 Ampliar en: Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 93 y ss. y "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* T° I, ob. cit., págs. 3 y ss.;Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* T° III B, ob. cit., págs. 347 y ss.

pueda acudir en la etapa de ejecución de un instrumento contractual de objeto privado a sus prerrogativas de poder público (inclusive con miras a disponer la finalización del contrato de que se trate) [105], lo mismo deben resguardarse las implicancias que conlleva la buena administración en todo el íter de la vida de la contratación de derecho común de la que se sirve la autoridad pública.

(II) En el caso del contrato administrativo, aquí llegamos a un punto esencial de nuestra exposición argumentativa. Consideramos que hay que adoptar medidas concretas en orden a morigerar las prerrogativas de poder público en el derecho administrativo. Los gobiernos populistas, en nuestros países iberoamericanos, nos han dado una clara lección de por qué hemos de desandar el camino que nos condujo a un derecho administrativo amurallado de prerrogativas y con su consecuente régimen exorbitante. De tal manera, corresponde modificar este tipo de regímenes administrativos en los cuales el Estado se encuentra en una postura "defensiva" respecto del colaborador privado, cocontratante de la Administración. Deben dictarse normas, en este sentido, que eviten la cultura del enfrentamiento y lleven a la conciliación de los intereses públicos y privados.

En esta línea de pensamiento, cabe analizar si hay que moderar la posición de supremacía de la Administración, a tenor de la cual se ejercen un conjunto de prerrogativas y privilegios previstos en forma genérica por el ordenamiento jurídico y, cuanto menos, definir a la Administración ya no desde el poder o la prerrogativa, sino a partir del propio ciudadano y sus libertades. [106] Sin resquicio de duda, la verdadera gobernanza democrática facilita el desarrollo social y económico. [107]

En palabras de Rodríguez-Arana, la vuelta del Derecho administrativo, a un nuevo Derecho administrativo, menos pendiente del privilegio y la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. [108]

Así, en virtud del impacto de la globalización sobre la Administración, las diversas administraciones domésticas han de propender a que su actuación sea racional, eficiente, transparente, contestable, sujeta a la Ley, como condiciones básicas para el intercambio de bienes y servicios y, fundamentalmente, para facilitar las inversiones extranjeras.[109]

Es que, como señala el profesor Meilán Gil, "el derecho administrativo global debe responder a un ordenamiento social y democrático, al servicio de los intereses universales, de la Humanidad." [110]

---

105 En este sentido, véase Brewer Carías, Allan R., "La contratación pública en el derecho comparado", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº II, ob. cit., pág. 39; Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, ob. cit., págs. 45 y ss. y "La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº I, ob. cit., págs. 3 y ss.

106 [0]Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP Nº 408, págs. 11 y ss.

107 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

108 [0]Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP Nº 408, págs. 11 y ss. y "El derecho a una buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", AAVV, en *Aportes para un Estado eficiente,* Lima, 2012, págs. 117 y ss.

109 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.; Ponce Solé, Juli (coordinador), *Derecho administrativo global,* Marcial Pons, Madrid, 2010.

110 Mielan Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global,* Global Law Press – Edit. Derecho Global, Madrid, 2011, pág. 15.

A lo que ha de tenderse, entonces, es a la reducción del margen de arbitrio funcionarial basado en el sistema de prerrogativas públicas que campean en la ejecución contractual (prerrogativas equilibradas y razonables)[111], y, en tal inteligencia, Argentina se está sumando a la ola de países iberoamericanos que está realizando avances en la materia a través de la recepción del principio general de buena administración en el *hard law* nacional.[112], como veremos seguidamente.Es decir, estamos frente a una gobernanza pública que entiende las transformaciones necesarias que cabe realizar a la Administración Pública (en sentido laxo) y su objetivo debe enderezarse a satisfacer en forma progresiva las necesidades públicas de sus ciudadanos y mejorar sus condiciones de vida.

Señala Rodríguez - Arana, con razón, que *"las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, "potestas variandi", potestad sancionadora…) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el Siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe, una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar".* [113]

Han de dejarse atrás, entonces, a mi modo de ver, los criterios que sustentaban la existencia de prerrogativas implícitas[114], indeterminadas o inherentes en favor de la autoridad administrativa. Y, además, debe superarse la teoría de las cláusulas exorbitantes que convierten en administrativo a un contrato de objeto reglado por el derecho privado y en cuyo mérito se estima que la Administración se encuentra autorizada a acudir al ejercicio de prerrogativas, que, en rigor, no deben regir en determinados contratos sobre los que nos hemos referido más arriba.

A tal fin, debe modificarse el régimen de contrataciones argentino, tal vez, dictando guías de *soft law*, en orden a establecer modelos de contratos y directivas, todo lo cual podrá tender al logro de una calidad institucional en las contrataciones públicas argentinas[115].

---

111 Como señala Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios", en edición, próximo a publicarse, en la Revista de Derecho Administrativo, supra cit., las normas y cláusulas, en estos sistemas jurídicos, han de proteger los intereses públicos con prerrogativas equilibradas y razonables que respeten los derechos de propiedad de los particulares.

112 Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., pág. 309.

113 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* ob. cit., pág. 120/1.

114 Véase Huapaya, Ramón, "Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº III, ob. cit., págs. 805/6.

115 Estas ideas, relativas al régimen de contrataciones argentino, las tomamos de una conversación que compartimos con el Dr. Oscar Aguilar Valdez, en forma previa a la culminación del presente trabajo. En este mismo orden de ideas, y de manera de mejorar los regímenes de contratación pública actuales, Valcarcel Fernández, Patricia, "El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración", en *Las vías administrativas de recurso a debate*, ob. cit.,pág. 362, respecto del caso español, afirma: "*Ha favorecido un proceso de*

Sin perjuicio de lo antes indicado, interesa destacar que el gobierno actual utiliza este tipo de ordenamientos jurídicos de un modo racional, abierto, democrático, responsable, transparente y sujeto a la ley. Se trata de una actuación administrativa que respeta el principio de "accountability"(implica obligarse a ser un gobierno responsable y controlado por los ciudadanos)[116] y procura generar el fomento de los valores ("value driven approach")[117]; ello, a diferencia de lo que acontecía en los años anteriores donde sufrimos la beligerancia y las vicisitudes de un gobierno populista.

(III) Estimo conveniente destacar que los reparos que formulé oportunamente en torno al principio de igualdad y su debido resguardo en el íter del contrato administrativo en la Argentina, se ven despejados a poco que se aplique debidamente este derecho fundamental a la buena administración.

En efecto, al dejar atrás la visión estatocéntrica, y poner el foco en el administrado, ciudadano o co-contratante de la Administración, en la importancia de su participación en el procedimiento administrativo en general y en la conciliación de intereses a través de técnicas de consenso, resulta más factible que el contratista reciba un trato igualitario y de colaborador de la Administración. Ello, tanto en la etapa precontractual o de formación de la relación jurídica contractual, como en la ejecución del íter del mismo hasta su finalización. El *supra* derecho de la buena administración estimo que nos conduce por este camino interpretativo, especialmente, en la instancia procedimental administrativa.

(IV) Pretendemos en esta publicación declarar la necesidad de disponer la defunción de las cláusulas exorbitantes (al menos, en nuestro derecho argentino), especialmente en el sentido que convierten a un contrato regido por el derecho privado en contrato administrativo y en cuanto a que pueden emanar en forma implícita del contrato administrativo. Una cláusula o un cargo que imponga la Administración a un cocontratante, no implica por arte de magia que estemos frente a un contrato (materialmente) administrativo. El criterio de la sustantividad en la contratación pública –supra indicado– nos conduce inevitablemente a la conclusión antes citada.

Ello es así, ya no por la estabilidad del contrato administrativo, o para que tengan efectiva observancia los principios que gobiernan la contratación pública y las garantías previstas en favor del contratista colaborador de la Administración Pública, sino por el enfoque y la subordinación al interés general anclado en los ciudadanos, que supone la buena administración de las instituciones públicas.

---

depuración que está sirviendo, por ejemplo, para poner freno al uso indebido y desmesurado que se venía haciendo del procedimiento negociado sin publicidad; para mejorar la calidad de los pliegos contractuales eliminando criterios de selección y adjudicación inapropiados, o regulando adecuadamente la admisibilidad de modificados o la presentación de mejoras; para conseguir que poco a poco los órganos de contratación motiven suficientemente los actos que dictan a lo largo del procedimiento; o para que se forje un catálogo de buenas prácticas que incremente la seguridad jurídica tanto de Administraciones como de ciudadanos."

116 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global.

117 [0]Mendieta, Manuel Villoria – Forcadell Esteller, Xavier, "Introducción general", AAVV, *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local,* ob. cit., pág. 17.

(V) Al margen de lo antes indicado, hemos visto, en nuestros países americanos, varios hechos, de conocimiento público, de *takings* y apropiación de empresas de parte de funcionarios públicos y/o de autoridades estatales, sin dar cumplimiento al mandato constitucional que prevé el instituto de expropiación, en orden a que se dicte la ley declarativa en la que se debe exponer de forma argumentada las razones de utilidad pública[118] y se garantice la indemnización previa y justa que ordena el art. 17 de la Constitución Nacional.[119]

Aquí nos encontramos con lo que se conoce como medidas equivalentes a la expropiación en el Derecho Internacional de las Inversiones extranjeras, de relevante aplicación a la figura del contrato administrativo.

Consideramos que los principios y derechos que acompañan a la buena administración y la buena gobernanza han de servir para poner un debido freno al ejercicio de las potestades estatales en supuestos de expropiación indirecta o de facto. Las autoridades públicas, como es sabido, generan, de este modo, situaciones de privación de la utilidad económica de la propiedad, *creeping expropiation*, medidas administrativas de amplia intervención en la economía o regulaciones económicas que vacían de contenido a la propiedad; ellas producen un efecto similar a la expropiación.[120]

Todo este tipo de medidas estatales afectan justamente la adecuada ejecución de los contratos públicos y en nuestro país se encuentran amparadas por la cláusula constitucional a la luz de la cual se preceptúa que los tratados internacionales ostentan una jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), inclusive, en el caso de los tratados internacionales bilaterales de promoción y protección de las inversiones (TBIs). [121]

Resulta esencial, en el tema que aquí nos ocupa, la buena gobernanza de las autoridades públicas, situación por la que estamos atravesando en nuestro país, tras años de arbitrariedades en materia de ejecución contractual. Nos hallamos en un marco racional de actuación de los funcionarios públicos que va acompañado de una producción normativa en mi país muy interesante. Se está andando el camino de la reconducción en la ejecución de los contratos públicos y en algunos casos implicará inevitablemente la extinción de ellos en los casos de contubernios o connivencia ilícita con funcionarios públicos; pero, desde luego, haciendo primar la conciliación de intereses a través de técnicas de consenso, del dialogo, mediante pactos, procedimientos de renegociación, transacciones, mecanismos de conciliación, etc.

---

118 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., pág. 12.

119 Cassagne, Juan Carlos,*El Contrato Administrativo*, ob. cit., pág. 52 y"La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº I, ob. cit., págs. 3 y ss., donde alude a la garantía de no expropiar derechos contractuales sin previa declaración de utilidad pública (art. 17 CN).

120 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

121 Véase Tawil, Guido, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", LL 2000-D, 1106 y "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicables: A propósito de las recientes decisiones en los casos "Vivendi", "Wena" y "Maffezini", La Ley 2003-A-914, reproducida en Revista Brasileira de Arbitragem, Año 1, N° 0, Jul-Out de 2003, págs. 125 y ss.; Durand, Julio, "Los arbitrajes internacionales de inversión y los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* Tº III, ob. cit., págs. 1155 y ss.

(VI) Finalmente, en este tema que nos ocupa, entendemos que resulta conveniente detenernos a formular algunas breves consideraciones en torno al flamante régimen de PPP argentino, regulado por la ley 27.328 y su decreto reglamentario 118/2017.

Tal andamiaje jurídico, en el orden nacional, es una vía procedimental alternativa a la de los contratos tradicionales (contrato de obra pública, concesión de obra pública, servicios públicos y de suministros)[122], respecto de los cuales nos referimos *ut supra* y se hallan regidos por el decreto 1023/01 (reitero, con rango de ley por tratarse de un decreto delegado), su decreto reglamentario 1030/2016, las leyes 13.064 y 17.520 (estas dos últimas, leyes especiales aplicables al contrato de obra pública y a la concesión de obra pública, respectivamente) y sus respectivas normas modificatorias y reglamentarias.

Como podrá advertirse, el sistema jurídico argentino de PPP implica un cambio muy importante en nuestro *ius* administrativo y conlleva un nuevo paradigma, de alguna manera con base en el derecho fundamental a la buena administración, toda vez que dispone normas más modernas en la Argentina que procuran satisfacer el interés público a través de la colaboración público privada, con el objeto de llevar adelante la construcción de nuevas infraestructuras y otras finalidades públicas que se traducirán en rentabilidad económica y social[123].

Las razones de esta afirmación podemos encontrarlas en algunas prescripciones que contiene este nuevo bloque de legalidad argentino y que pasamos a reseñar a continuación:

(1) Dispone mecanismos de solución de conflictos técnicos, interpretativos o patrimoniales con el contratista más rápidos, a través de paneles técnicos que deberán contar con acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional (Ley 27.328, art. 9, inc. w) y decreto 118/2017, art. 9, incs. 7 y 13), como así también mediante la intervención de auditores externos o técnicos con similares condiciones (Ley 27.328, art. 21 y decreto 118/2017, arts. 9, inc. 5, y 21) y la aplicación del sistema de arbitraje (Ley 27.328, art. 9, inc. x) y 25 y decreto 118/2017, arts. 9, incs. 7 y 13, y 25).

(2) Determina la aplicación de las "mejores prácticas disponibles" o las "mejores prácticas internacionales existentes en la materia" (Ley 27.328, arts. 1 y 14, y decreto 118/2017, arts. 10 y 24).

(3) Preceptúa acerca de la debida participación de los privados en los procedimientos administrativos y en la buena gobernanza en general (Ley 27.328, art. 14, y el decreto 118/2017, art. 12, inc. 5).

(4) Prevé que las prerrogativas que regirán en la ejecución de los contratos que se celebran a través de este régimen de PPP, serán aquellas que estipulen los pliegos y se ha morigerado su imperatividad (Ley 27.328, arts. 9, 10 y 21, y el decreto 118/2017, arts. 5, 9 y 10).

---

122 Ley 27.328, arts. 2 y 31 y decreto 118/2017, art. 13, inc. 1.

123 La ley 27.328, en su art. 1º dispone: *"Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento"*

(5) Incluye normas a tenor de las cuales se procura que se garantice la determinación de la asunción de los riesgos y su equitativo y eficiente reparto (Ley 27.328, art. 9, inc. b) y c) y decreto 118/2017, sus considerandos y art. 9).

(6) Instituye un estricto régimen para las previsiones que habrán de contener los contratos bajo el régimen de las PPP en materia de compensaciones ante alteraciones del equilibrio económico financiero del contrato y limitativo del *potestas variandi* (Ley 27.328, art. 9, incs. i), j) y p) y decreto 118/2017, art. 9, incs. 6, 7 y 8 y art. 10).

(7) Regula el caso de *takings,* de medidas de índole expropiatorias o equivalentes a expropiación (Ley 27.328, arts. 9 y 10) y decreto 118/2017, arts. 9 y 10).

(8) Prescribe respecto de las previsiones que contengan los pliegos, documentación contractual y contratos, indicando que *"La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente"* (Ley 27.328, art. 9, inc. p).

(9) Establece que la extinción por interés público debe ser declarada por decreto del Presidente (decreto 118/2017, art. 9, inc. 12).

(10) Contiene normas que procuran evitar la limitación de responsabilidad del estado en los supuestos de extinción de los contratos de PPP (Ley 27.328, arts. 9, inc. p), 10 y 11, y decreto 118/2017, art. 10).

7. REFLEXIONES FINALES

A la luz de lo hasta aquí indicado, cabe cuestionarnos seriamente, antes que nada, si en nuestros ordenamientos jurídicos estamos incorporando de forma adecuada y efectiva normas, principios y valores que sigan estas conceptualizaciones jurídicas sobre las que estamos pensando en el derecho administrativo iberoamericano. [124]

Asimismo, es conveniente realizar el esfuerzo por asumir una visión servicial de la Administración como institución y en tal sentido, resulta clave, como dice Durán Martínez, materializar la desburocratización del Estado, que, como sabemos, puede convertir la vida irritable, lo cual afecta el derecho al buen vivir.[125]

El desafío, entonces, es dejar atrás la vieja idea de burocracia (en su versión peyorativa y perversa) y procurar que la actuación de la Administración sea democrática, respetándose así el principio de participación ciudadana conforme al valor superior del pluralismo político[126]. De este modo, se

124 Montero, Gregorio, "Etica, moral y potestad disciplinaria: una mirada desde el régimen jurídico funcionarial", AAVV, en *El Derecho administrativo en Iberoamérica. En homenaje al profesor Mariano Brito,*t. I, Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Luis José Bejar Rivera (Coordinadores), ob. cit., págs. 355 y ss.

125 Durán Martínez, Augusto, "Simplificación administrativa y barreras burocráticas", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 199 y ss.

126 Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

suma a la visión vicarial de la Administración[127] o a la Administración al servicio del ciudadano[128], un plus que es, conforme lo expresa Rodríguez - Arana, considerar las actividades administrativas como manifestación de la participación política, ya que la clave de la vida democrática está en la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos[129].

Desde luego, estas ideas y supraconceptos deben verse debidamente aplicados en orden a alcanzar una gestión pública de calidad, mejorar la calidad de vida de los gobernados (las personas humanas en sus relaciones con la Administración Pública)[130] y promover la satisfacción progresiva de sus necesidades. Pero, además, ha de mejorarse el accionar diario en las dependencias públicas, las empresas privadas, la actividad comercial, la producción económica sustentable y la sociedad en general. Pues un "buen gobierno" implica "buen Estado" y "buena sociedad". [131]

En fin, es dable poner de relieve que, según se ha dicho con acierto, la buena Administración describe a un estándar de Administración: aquella que adopta decisiones de calidad que valoran eficientemente todos los intereses en juego a través de cauces de acción abiertos y participativos materializados en el debido procedimiento administrativo. Con ello se quiere aclarar que no basta que la Administración se subordine a la ley en su actividad. La subordinación, además, debe propender a la adopción de decisiones eficaces y eficientes que de manera efectiva sirvan a los ciudadanos, es decir, la Administración que promociona a la libertad general del ciudadano favoreciendo su activa participación.[132]

En resumidas cuentas, la globalización de los regímenes de contratación de las Administraciones Públicas es un instrumento importante para el cambio de paradigma del Derecho administrativo basado en el poder (prerrogativas, privilegios, ejecutoriedad, etc.) al derecho centrado en los ciudadanos[133], con arreglo al postulado general de la Buena Administración. La actividad administrativa, de este modo, se expresa a través de buenas decisiones administrativas, debidamente motivadas en términos contestables, como consecuencia de un previo procedimiento abierto y participativo. La Buena Administración centrada en el servicio de los ciudadanos es, en definiti-

---

127 []Una de las consecuencias de la Administración vicarial, como se ha señalado, ha sido la formación de la buena Administración y la buena gobernanza (Ponci Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido,* Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 108 y ss.).

128 García de Enterría, Eduardo, "Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español", Revista española de Derecho administrativo Nº 59, Madrid, 1988, págs. 325 y ss.

129 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., pág. 21 y ss. y *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* ob. cit., págs. 37 y ss.

130 Hernández - Mendibile, Víctor rafael, "La gobernanza, la buena administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras", AAVV, en *Derecho Administrativo: hacia un Estado más confiable,* ob. cit., págs. 307 y ss.

131 Mendieta, Manuel Villoria – Forcadell Esteller, Xavier, "Introducción general", AAVV, *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local,* ob. cit., pág. 22.

132 Cfr. Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

133 Rodríguez - Arana Muñoz, Jaime,*Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,* ob. cit., págs. 2 y ss. y *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración,* ob. cit., págs. 112 y ss. y "El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP Nº 408, págs. 11 y ss.

va, una Administración más democrática, que promueve en mejores términos la gobernabilidad democrática[134].Y en lo que concierne al derecho global en la contratación pública, es importante que sea compatible con la seguridad jurídica interna e internacional, vinculante en lo que concierne al régimen de ejecución y extinción de los contratos, y contribuya, desde luego, a favorecer la radicación de las inversiones tan necesarias para el crecimiento económico social de todos los países.[135]

134 Cfr. Hernández, José Ignacio, "El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la emergencia española", ob. cit., págs. 197 y ss.

135 Cassagne, Juan Carlos,"La contratación pública", AAVV, *Tratado General de los Contratos Públicos,* T° I, ob. cit., págs. 3 y ss. y "La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios", en edición, próximo a publicarse, en la Revista de Derecho Administrativo, supra cit.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: EL CONTROL SOCIAL

Luis Eduardo Rey Vázquez[1]
Doctor en Derecho
Universidad Nacional del Nordeste
Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano

Abreviaturas utilizadas: AP: AbeledoPerrot online; CLAD: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo; CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina); ED: El Derecho; EDA: El Derecho Administrativo; RADEHM: Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería; RRAP: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública.

I.- PRELIMINAR.

En la presente Comunicación, enmarcada en la temática de las X Jornadas, intituladas "La buena administración de la contratación pública", se analizará su incidencia en el marco de la ejecución de los contratos administrativos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, a cuyo respecto se ha postulado la necesaria participación de los usuarios ante las decisiones que impacten de cualquier modo en sus intereses económicos, y que se manifestara en un trascendente pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina durante el año 2016.

De dicho precedente, conocido por las siglas como caso "CEPIS"[2], se extraerán algunos tópicos sobre los que discurriera el análisis, que tuvo como disparador el incremento de las tarifas dispuestas por el Poder Concedente (Estado Nacional) del servicio público de gas natural, sin haberse garantizado la previa participación ciudadana en la adopción de las decisiones tarifarias, erigiéndose en la primera interpretación integral del artículo 42 de la Constitución Nacional argentina por parte del Máximo Tribunal Nacional, como un derecho "operativo", apoyándose en los debates de la convención constituyente[3]. Se puntualizó también que al concepto de participación debe dársele un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

---

1 El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo I° en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor Titular de Derecho Administrativo I° y II° - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes.

2 CSJN, 18/08/2016, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", Fallos 339:1077.

3 El citado artículo fue incorporado a la Constitución Nacional Argentina en la reforma constitucional de 1994.

Entre los conceptos salientes, se ha resaltado que la participación debe ser previa, y que no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, debiendo, por imperativo constitucional, garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio; siendo además, un elemento de legitimidad para el poder administrador, cuya responsabilidad de garantizar el derecho a la información pública está estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno. Y la consecuencia de la inobservancia – en el caso, del procedimiento de audiencia pública– ha sido la declaración de nulidad de los actos que dispusieron el incremento, con los efectos que ello acarrea.

Resulta destacable asimismo, haber echado mano a ciertos[4] instrumentos internacionales para respaldar el análisis y conclusiones del tribunal, como ser la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, Capítulo primero, puntos 2 y 3) y el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana (Uruguay, noviembre de 2006, especialmente regla 11.7 y regla IV.35)[5]. Y también el auxilio al concepto de "democracia deliberativa" con citas de Rawls[6] y Nino[7].

Para finalizar se expondrá una conclusión crítica del fallo CEPIS, teniendo en cuenta el lugar en que se ha colocado al ciudadano y a la sociedad civil en el control de la ejecución de los contratos públicos, a partir de los conceptos de participación y buena administración.

Es que la participación administrativa se encuentra estrechamente ligada a lo que SÁNCHEZ MORÓN denominara la "redefinición de los intereses jurídicos"[8], producto de la aparición de los derechos o intereses difusos o colectivos, o como los denomina la Constitución Nacional argentina, "derechos de incidencia colectiva"[9], así como por la heterogeneidad de los intereses públicos.

---

4 Se trata de Cartas del CLAD, que en rigor conforman una suerte de *soft law*. Al respecto, puede verse la obra de SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

5 Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16º).

6 Considerando 18º) del Voto mayoritario, citando la obra de Rawls, John, *Justice as Fairness. A restatement*, Harvard, Harvard University Press, 2001. Hay Edición castellana,

7 Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16º), en relación a la obra de Nino, Carlos Santiago, "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", en AA.VV., "En torno a la democracia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990, pág. 97 y ss." (textual del voto). El concepto ha sido desarrollado extensamente por el citado autor en su obra *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Madrid, 1997.

8 SÁNCHEZ MORÓN, M., *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 111 y ss.

9 Conforme a la interpretación efectuada por la CSJN Argentina a partir de la causa: "Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986" del 24-02-2009, Fallos 332:111, y últimamente en los casos "CIPPEC c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social" del 26/03/2014, y "Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI – (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986", del 4-12-2012. En esta última sostuvo en su Considerando 3°) que "… el principio de publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los pilares de todo gobierno republicano y ese derecho, si bien no enumerado expresamente en la Constitución Nacional, había sido reconocido por este Tribunal como un derecho de naturaleza social que *garantiza a toda persona –pública o privada, física o jurídica– el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos gubernamentales, políticos y administrativos y se evidencia en la obtención de información de datos públicos*. Además agregó con cita de los tratados internacionales relacionados con la materia, que, en el sub lite, el demandado no había acreditado la existencia de restricciones legales a fin de justificar su omisión…".

II.- ALGUNOS ANTECEDENTES INMEDIATOS EN MATERIA TARIFARIA.

En diversos trabajos anteriores[10], he analizado la situación preexistente a la decisión tarifaria operada durante el año 2016, especialmente desde la gran crisis económica padecida por la República Argentina desde fines del año 2001, período signado especialmente por una situación de congelamiento tarifario en todos los servicios públicos[11], no obstante registrarse en el mismo período, un sensible incremento en los costos y precios en general, luego trasladándose a los salarios e ingresos de la población, en especial desde la mitad de la pasada década[12].

Ello provocó un deterioro de las inversiones en la infraestructura de los servicios, no obstante verificarse también un proceso de renegociación de los contratos administrativos, muchos de ellos rescindidos y asumidas las actividades por el Estado otrora concedente[13].

Tales datos no pueden estar ausentes del análisis del fallo que motiva la presente, pues aun cuando fuera descalificado el incremento practicado en el año 2016 por reputarlo irrazonable, no puede obviarse que las medidas estatales procuraron, probablemente por el camino incorrecto, remediar la situación de colapso y desinversión generada por más de una década de virtual parálisis.

1. Incremento tarifario y resoluciones cautelares suspensivas.

A raíz de sendas Resoluciones Nos. 28/16 y 31/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, así como del Ente Regulador del Gas (Enargas), se produjo un importante incremento en las tarifas de gas, en porcentajes que promediaban un 500 %, lo que motivó diversos cuestionamientos por distintos usuarios de tales servicios ante diferentes tribunales. Una situación similar aconteció respecto del servicio público de electricidad.

En función de tales planteos, se dictaron numerosas medidas cautelares suspendiendo dicho incremento, siendo uno de sus argumentos, que los incrementos tarifarios se operaron sin convocar en forma previa a audiencia pública, vulnerando de ese modo el derecho constitucional a la participación que establece el art. 42 de la Constitución Nacional.

Por sólo citar algunos, la Cámara Federal de Córdoba resolvió en la causa "Bustos"[14] lo siguiente:

---

10 REY VÁZQUEZ, Luis E., *La Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos en Argentina. Entre el procedimiento administrativo doméstico y el arbitraje internacional*, Editorial Académica Española, Saarbrüken, Alemania, 2011; y últimamente, en REY VÁZQUEZ, Luis E., "Estado, administración y realidad: la participación del ciudadano en la gestión pública", Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Santa Fe, nº 1, p. 119-171, ene/jun. 2016, ISSN 2469-0813.

11 Destacada también por GARCÍA MANSILLA, Manuel J., "La Corte Suprema y las tarifas de gas", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Tomo 76, Nº 2, Diciembre de 2016, pp. 14-52.

12 Al respecto, se ha sostenido que "… Durante 16 años los ciudadanos con acceso a las redes de energía eléctrica y de gas natural han gozado de servicios públicos con tarifas congeladas a valores del año 1999, con la falsa creencia de que iba a ser eterna la posibilidad de disfrutar de esta suerte de mana del cielo" (Pirovano, Pablo A., "El sistema energético argentino y las decisiones de la justicia", LA LEY 27/07/2016, p. 6; AR/DOC/2227/2016).

13 Remito para ello a REY VÁZQUEZ, Luis E., "Sociedades Estatales creadas en la última década: de la privatización a la "Re-estatización", en RRAP N° 399, ISSN 1666-4108, 2011, pp. 39/65; también publicado en RAP Buenos Aires (RAP BA), N° 103-104-105, ISSN 1667-3174, 2011, pp. 49/74.

14 CF Córdoba, Sala B, "Bustos, Rebeca Andrea y otro vs. Estado Nacional y otros s. Amparo colectivo", 04/07/2016 (RC J 3557/16).

1) Disponer para el ámbito geográfico de esta provincia de Córdoba la suspensión de las medidas contenidas en las Resoluciones del Ministro de Energía y Minería de la Nación N° 28/2016 y N° 31/2016 y las Resoluciones del ENARGAS N° I- 3729 y I - 3737, y las dictadas en consecuencia, por el plazo de tres (3) meses, previo al cumplimiento de la fianza requerida; 2) Ordenar la re-facturación del servicio con los valores vigentes al 31/3/2016, 3) Ordenar a la empresa Licenciataria que deberá abstenerse de efectuar cortes de suministro de gas motivados en la falta de pago de las facturas emitidas de acuerdo al nuevo cuadro tarifario.

A su turno, el Juzgado en lo Civil, Com. y Cont. Adm. Federal de La Plata N° 4, causa FLP 8399/2016, en autos "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo", del 31-05-2016, no obstante rechazar la acción de amparo que perseguía la suspensión de las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería que dispusieron el aumento de la tarifa de gas, se ordenó cautelarmente al Estado Nacional la realización de audiencia pública para todos los usuarios y consumidores, a fin de garantizar la participación ciudadana antes de tomar una decisión tan trascendental.

En la misma causa, en ocasión de la apelación deducida por la parte estatal, la Cámara Federal de La Plata[15] resolvió: 1°) Acumular a la presente todas las acciones colectivas que correspondan conforme lo dispuesto por las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2°) Modificar la resolución recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad de las Resoluciones 28 y 31 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, retrotrayéndose la situación tarifaria a la existente previamente al dictado de ambas…".

En la misma fecha, el mismo tribunal se expidió en la causa "Abarca"[16], donde luego de revocar la decisión del Juez de grado, dispuso la suspensión por el término de 3 (tres) meses las Resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación 6/2016 y 7/2016 y la Resolución del ENRE 1/2016 para el ámbito geográfico de la Provincia de Buenos Aires.

El argumento central de dichos pronunciamientos fue, por un lado, el haber decidido los aumentos tarifarios sin convocar previamente a la Audiencia Pública, exigencia que se derivaría del Art. 42 de la Constitución Nacional; pero por otra parte, también se fundaron en lo irrazonable de los incrementos, llegando incluso a un 1000 %. No obstante, y por distintas razones a las que gravitaran en CEPIS, dicha cautelar fue revocada por la CSJN[17].

A raíz del gran debate generado en torno a la magnitud del incremento tarifario[18], que impactó brutalmente en la mayoría de los usuarios, en especial los de menores recursos, incluidos por

---

15 Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo", 07/07/2016, *LA LEY* 18/07/2016, 7, AR/JUR/42569/2016.

16 Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, "Abarca, Walter José y otro c. Estado Nacional Ministerio de Energía y Minería y otro s/ Amparo Ley 16986", 07/07/2016, *LA LEY* 18/07/2016, 7, AR/JUR/42570/2016.

17 CSJN, 06/09/2016, "Abarca, Walter José y otros c. Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986", Fallos 339:1223. La decisión de revocar la medida cautelar obedeció a la falta de legitimación activa de los accionantes, a saber, el Secretario General de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (ante la vacancia del cargo de Defensor del Pueblo provincial), de ciertos legisladores y de un partido político, remitiendo al juez de 1ª Instancia la verificación de la aptitud de un club social como legitimado.

18 https://www.diariojudicial.com/nota/75597/corte/corte-supremo-al-tarifazo.html, Noticia del 07-07-2016.

ejemplo los denominados clubes de barrio, a raíz de un recurso de *per saltum* deducido por el Estado Nacional por intermedio de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Corte Suprema[19] se expidió, de modo preliminar, requiriendo los siguientes informes:

"*1.- Al Juzgado Federal de San Rafael, Provincia de Mendoza, para que informe sobre el estado actual de la causa FMZ 12.732/2016 "Protectora Asociación de Defensa del Consumidor c. Poder Ejecutivo de la Nación s/ amparo colectivo"; 2.- A la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, para que informe sobre el estado actual de la causa FMZ 10.266/2016 "Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor c. Estado Nacional Argentino"; 3.- Al Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 5, a fin de que informe sobre el estado actual de la causa CAF 31.340/2016 "EN-M. Energía y Minería c. Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros s/inhibitoria", indicando las causas que comprende la declaración de competencia formulada y los pronunciamientos dictados por los jueces requeridos;*

4.- Al Estado Nacional - Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas), a fin de que presente un informe sobre los siguientes puntos:

I. Explique cómo ha sido la evolución de las tarifas de gas desde el dictado de la ley 25.561 y, de corresponder, el impacto que esta evolución ha provocado en la prestación del servicio.

II. Explique los parámetros tenidos en cuenta para arribar a los aumentos de precios y tarifas contemplados en las Resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 y la Resolución Enargas N° I-3730/2016 y la relación de dichos aumentos con las pautas contenidas en el contrato de concesión. Especifique fundadamente la existencia o inexistencia de la ponderación de los principios de gradualidad y progresividad para la determinación del cuadro tarifario en análisis. Aporte al Tribunal fotocopias certificadas de las partes correspondientes de los expedientes administrativos de las que surjan los antecedentes técnicos de dichas resoluciones.

III. Explique el impacto que la Resolución MINEM 99/2016 produce en las Resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 y cómo quedaría conformado el esquema tarifario final. Además, especifique las razones que llevaron a establecer el tope que surge de la mencionada Resolución MINEM 99/2016. Asimismo, informe cómo opera, sobre que importes se aplica y qué incidencia tiene dicho tope sobre el monto final de la factura a pagar por el usuario.

IV. Explique los parámetros tenidos en cuenta para alterar el alcance de la tarifa social y si la aplicación de la nueva normativa implica modificar la cantidad de beneficiarios de dicha tarifa. En su caso, informe las razones de dicha alteración y su incidencia sobre el monto final a pagar por el usuario. Aporte al Tribunal fotocopias certificadas de las partes correspondientes del expediente administrativo de las que surjan los antecedentes técnicos de la Resolución Enargas 3784/2016. Asimismo, especifique los criterios que orientan la aplicación, o no aplicación, de la tarifa social para entidades de bien público, entidades solidarias sin fines de lucro, pequeñas y medianas empresas, en particular las directamente vinculadas a las economías regionales.

---

19 CSJN, "Ciudadanos del Sur de la Provincia de Mendoza c. Estado Nacional Argentino y otros s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad", 12/07/2016, *LA LEY* 18/07/2016, 7. AR/JUR/43183/2016, Fallos 339:927.

V. Informe si se establecieron bandas tarifarías o segmentaciones según la distancia en relación con los centros de producción, transporte y distribución y, en su caso, explique los fundamentos técnicos que justificarían esas modificaciones.

VI. Informe si se ha considerado el establecimiento de bandas tarifarías o segmentaciones según los ingresos del usuario y, en su caso, de los demás miembros del grupo familiar con el que cohabita.

VII. El informe requerido deberá contemplar, en todos sus puntos, cualquier disposición que se dicte con posterioridad a la presente y que tenga incidencia sobre las resoluciones antes mencionadas…"

Como se puede apreciar, los informes tendieron a verificar, fundamentalmente, la existencia de parámetros que justifiquen el incremento de las tarifas, que como anticipé, estuvieron prácticamente congeladas durante más de diez años.

Luego, durante la feria judicial de julio de 2016[20], se produjeron diversos pronunciamientos de la justicia federal de La Plata[21], pidiendo incluso la remisión de la totalidad de las causas que tramitan ante otros tribunales del país[22], motivadas incluso en contramarchas adoptadas por la cartera ministerial respectiva que establecieran un tope de 400 % a los incrementos, sumadas a las declaraciones del Jefe de Gabinete alentando el no pago de las tarifas hasta tanto medie una decisión judicial[23], todo lo que urgía una pronta respuesta del Máximo Tribunal.

2. El caso "CEPIS" en la CSJN. Tópicos salientes.

La Corte Suprema confirmó parcialmente el decisorio cautelar y lo circunscribió al colectivo de usuarios residenciales, respecto de los cuales ordenó que se mantuviera vigente la tarifa social[24].

Sin embargo, el tribunal terminó reputando nulas las Resoluciones Nos. 28/16 y 31/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, por no haberse respetado el derecho de participación de los usuarios a través del procedimiento de audiencia pública como una exigencia implícita del art. 42 de la CN, además de la Ley 24076 (marco regulatorio del gas).

Respecto a la obligatoriedad de la audiencia pública, abandonó el criterio que sentara en fecha 15/07/2014, en autos: "Soldano, Domingo c. EN - ley 26.095- M° de Planificación - resol. 2008/06

---

20 Que fuera habilitada por la Cámara Federal Platense en fecha 18-07-2016. Ver http://www.cij.gov.ar/nota-22486-Fallo-de-la-C-mara-Federal-de-La-Plata-que-habilita-la-feria-en-causa-por-aumentos-en-la-tarifa-de-gas.html.

21 Así el juez federal de La Plata Alberto Recondo desestimó una medida cautelar que suspenda las resoluciones que establecen aumentos tarifarios con topes máximos. Se trata de un planteo contra la resolución 99/2016 modificada por la 129/2016, que implementa un tope máximo de aumento tarifario del 400 y 500%, según sea consumo domiciliario o comercio. Ver http://www.cij.gov.ar/nota-22510-Rechazan-el-dictado-de-una-cautelar-que-suspenda-resoluciones-que-establecen-aumentos-en-las-tarifas-de-gas-con-topes-m-ximos.html.

22 Ordenando librar 46 oficios. Ver http://www.cij.gov.ar/nota-22498-La-C-mara-Federal-de-La-Plata-pidi--todas-las-causas-del-pa-s-por-la-suba-de-tarifas-de-gas.html.

23 http://www.diariojudicial.com/nota/75703/noticias/el-problema-del-tarifazo-esta-en-la-plata.html.

24 Voto de la mayoría conformada por los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, y votos separados de Maqueda y Rosatti.

y otro s/ amparo ley 16.986"[25], cuando sostuviera que "… *no se configura nítidamente ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que requiera la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública. En efecto, esta última se encuentra prevista en la norma señalada para aquellos casos que, de algún modo, provocan una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios; situación diferente al caso sub examine en el cual –como se dijo en la causa "Establecimiento Liniers"–, los cargos específicos, aun cuando tienen naturaleza tarifaria, no remuneran a los transportistas y distribuidores sino que están destinados a obras de infraestructura no contempladas en los contratos respectivos* (Cons. 6°); por lo que … *las resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética, sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado, no pueden ser tildadas de arbitrarias*…" (Cons. 7°)[26].

A pesar del esfuerzo por acotar el alcance del decisorio, resulta problemático declarar la nulidad por un vicio grave en el procedimiento previo, limitando sus efectos solamente a los usuarios residenciales[27], reputando válida asimismo la tarifa social instaurada "sin audiencia pública", aspectos ambos que han levantado voces críticas en la doctrina[28].

Otro tópico analizado, es que se extendió la obligatoriedad de la Audiencia Pública a una actividad que, en rigor, no constituye "servicio público", lo que llevó a SACRISTÁN a postular que el propio fallo se erigía en la fuente de tal obligación[29].

Así es que se la impuso para determinar el precio en el punto de ingreso al sistema de transporte de gas —PIST—, aun cuando no resultaba exigible por tratarse la producción y comercialización de este recurso de una actividad desregulada, pues, hasta el momento en que efectivamente se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, tal como es el objetivo del decreto 181/2004, deviene razonable que el análisis de su costo se efectúe juntamente con la revisión de tarifas[30].

---

25 APADMINJD 09/09/2014, AP Nº: AR/JUR/33340/2014. En dicha causa en la que se revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I), que por mayoría, confirmó parcialmente lo decidido por la jueza de primera instancia que hizo lugar al amparo entablado por Domingo Soldano contra el Estado Nacional en lo que se refiere a la invalidez de las resoluciones 2008/2006 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/2007 del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) por haber sido dictadas omitiendo la convocatoria a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/2006, al entender – entre otros extremos - que los cargos específicos creados por la ley 26.095 constituían un componente de la tarifa y, por lo tanto, carecían de naturaleza tributaria.

26 Posición que consideré acertada, pues postular lo contrario, conduce a la invalidación de decisiones estatales adoptadas en ejercicio de competencias privativas, contrariando así el principio de presunción de validez que es propio de los actos estatales (REY VÁZQUEZ, Luis E., "Estado, administración y realidad: …, p. 153).

27 A los no residenciales los remite a la promoción de acciones individuales donde acrediten el impacto del incremento (aun cuando se declaró la nulidad de los actos tarifarios por vicio grave en el procedimiento).

28 Así, por ejemplo, Verbic, Francisco y Salgado, José M., "Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia", La Ley, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, p. 18-19.

29 SACRISTÁN, Estela B., "Acerca de las audiencias públicas solicitadas en "CEPIS" y su fuente", EDA 30-09-2016, pp. 3-6.

30 Considerando 20°) Voto de la mayoría, expresó que "…*Sin desconocer que, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 17.319 y 24.076, y sus reglamentaciones, la producción y comercialización de gas es efectivamente una actividad económicamente desregulada y no fue calificada como servicio público, debe destacarse que, a partir de lo establecido en el decreto 181/2004 y las normas dictadas en consecuencia, esa desregulación ha sido dejada de lado por el propio*

También sostuvo la Corte que todo reajuste tarifario debe incorporar como condición de validez jurídica, conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus "intereses económicos" —art. 42, Constitución Nacional—, el criterio de gradualidad, que constituye la expresión concreta del principio de razonabilidad, que cuenta con un amplio desarrollo en la doctrina Argentina[31]. Esto en razón de la magnitud del incremento operado y descripto *supra*.

No obstante, rememoró añejos principios inherentes al régimen tarifario y la ejecución de los contratos de concesión de servicios públicos, expresando por ejemplo, que "la potestad tarifarla reside en el poder administrador y que ella no se ve afectada por la concesión a particulares de un servicio público"[32], agregando que "las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley, o como en el caso de autos, bajo forma contractual. Naturalmente que el Estado —*lato sensu*— dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o dicho en otros términos, a la par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de realizarlo"[33]. Remarcó asimismo que teniendo en miras el interés público, "… la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo, si las circunstancias imponen su modificación, es ilegítima, ya que una decisión contraria implicaría que la Administración renuncie a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas…", la cual, en el caso de servicios cuya explotación ha sido concesionada, constituye la única defensa del público usuario[34].

Igualmente, recordó que "el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico- social concreta de los afectados por las decisiones tarifarias, con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de "confiscatoria", por detraer de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar"[35].

Estado. Ello es así, pues sobre la base del decreto citado, cuyo objetivo fue elaborar un esquema de normalización del precio del gas en el PIST hasta que se "reencauzara" la actividad y se llegara, nuevamente, a precios que debían resultar de la libre interacción de la oferta y la demanda, se facultó a la ex Secretaría de Energía del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para acordar con los productores de gas natural un ajuste del precio del producto, en el marco del cual además se suscribieron varios acuerdos. En las condiciones descriptas, parece razonable entender que, hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, su análisis se efectúe conjuntamente con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública…".

31 LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª Edición actualizada, 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002, más recientemente, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009.

32 Considerando 27°), Voto de la Mayoría, Fallos: 184:306; 322:3008 y CSJ 280/2008 (44-E)/CS1 "Establecimiento Liniers S.A. c. EN Ley 26.095, Ministerio de Planificación Resol. 2008/06", sentencia del 11 de junio del 2013, dictamen de la Procuración General al que remite la mayoría.

33 Considerando 27°), Voto de la Mayoría, citando Fallos: 262:555 y 322:3008.

34 Considerando 27°), Voto de la Mayoría, citando Fallos: 262:555; 321:1784, "Establecimiento Liniers S.A.", ya citada, voto de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni). Dicho contralor permanente, tratándose, de servicios cuya explotación ha sido concesionada, constituye la única defensa del público llamado a usar de él (Fallos: 184:306).

35 Considerando 33°), Voto de la Mayoría.

Finalmente, y en lo que a la presente comunicación concierne, sostuvo que debían extremarse los recaudos habilitantes de las acciones colectivas que puedan cuyas resoluciones puedan incidir en la prestación de un servicio público, ya que decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación[36].

III.- CONCLUSIONES.

Del somero análisis de los antecedentes del caso CEPIS, así como de la decisión de la CSJN en la causa, debo concluir en lo siguiente:

1. Resulta problemático declarar la nulidad parcial de actos de alcance general, so pretexto de acotar el espectro de legitimados colectivos: usuarios residenciales. Ello entraña una suerte de convalidación respecto de los usuarios no residenciales, e incluso de la tarifa social por ellos establecida. No pueden ser válidos y nulos al mismo tiempo, teniendo en cuenta que el vicio consistió en no haber seguido el procedimiento reputado esencial para la validez de los actos, vulnerando el derecho de los usuarios a participar en forma previa mediante el procedimiento de audiencias públicas.
2. Es compleja la invocación del principio de igualdad, cuando merced al congelamiento de las tarifas de gas natural por redes posterga las inversiones necesarias para la expansión de la red a sectores no servidos (ciudadanos de las provincias del nordeste argentino), cuyos usuarios consumen gas licuado del petróleo en garrafas a un costo holgadamente superior, generándose un subsidio a favor de los quienes reciben el gas natural, en perjuicio de aquéllos[37].
3. Expandir la exigencia de la audiencia pública a actividades no alcanzadas por una norma de modo imperativo[38], creando la obligación a través de la sentencia con argumentos harto cuestionables, ligados a la mera conveniencia, ha significado transitar una delgada línea que compromete la división de poderes. De ese modo, se imponen exigencias de "servicio público" a actividades que no lo son por medio de una sentencia.
4. También resulta criticable el que no se hubiese ponderado adecuadamente la incidencia que ha tenido el proceso de renegociación contractual y las normas dictadas y aún vigentes que condicionaban la operatividad del marco regulatorio sectorial.
5. Finalmente, sigo sosteniendo que en el caso, la exigencia de la audiencia pública fue enunciada más de modo dogmático, pero sin reparar en la situación de hecho preexistente al dictado de los actos administrativos que dispusieron el aumento de tarifas.

---

36 Considerando 37°), Voto del Dr. Rosatti.

37 Así se sostuvo que "… Si eso es así aparece un colectivo social no incluido en esta decisión. Es el caso de las personas no conectadas a la cadena de gas natural, ese colectivo es el derrotado con los subsidios existentes" (SOLÁ, Juan V., "Los jueces, las tarifas y los subsidios", La Ley, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, pp. 10-12.

38 Véase la aguda crítica de DE LA RIVA, Ignacio M., "¿Era obligatorio convocar a audiencia pública?Comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos "CEPIS c. MINEM", EDA 30-09-2016, pp. 1-3.

6. No obstante, rescato los conceptos que apuntan a la necesaria participación de los usuarios, a fin de fortalecer la democracia deliberativa, el carácter de control social que ejercen los usuarios cuando intervienen en dicha faceta, que no es la única ni – posiblemente – la más adecuada según las circunstancias. Es importante en este punto la cita que el Juez Rosatti efectúa de los Documentos del CLAD.

7. Considero que la buena administración puede lograrse a través de otras técnicas participativas, incluso a través de medios electrónicos y, porque no, a través de un uso responsable de las redes sociales.

IV.- BIBLIOGRAFÍA.

BUENAVENTURA, Francisco, "La delimitación de la clase en los procesos colectivos", EDA 30-09-2016, pp. 6-8.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009.

DE LA RIVA, Ignacio M., "¿Era obligatorio convocar a audiencia pública? Comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos "CEPIS c. MINEM", EDA 30-09-2016, pp. 1-3.

GARCÍA MANSILLA, Manuel J., "El fallo CEPIS: un ejemplo de populismo judicial", RADEHM Nº 12, febrero - abril de 2017, pp. 1-40.

GARCÍA MANSILLA, Manuel J., "La Corte Suprema y las tarifas de gas", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Tomo 76, Nº 2, Diciembre de 2016, pp. 14-52.

GUGLIELMINETTI, Ana P., "El caso "CEPIS", más allá de la perspectiva del procedimiento y del proceso. Notas marginales acerca de la tarifa de los servicios públicos", EDA 30-09-2016, pp. 8-10.

Guiridlian Larosa, Javier D., "El caso "CEPIS": de acciones colectivas, tarifas y otras miscelá-neas", EDA 30-09-2016, pp. 8-10.

LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innomi-nada en la Constitución Argentina*, 2ª Edición actualizada, 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002.

NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Madrid, 1997.

Pirovano, Pablo A., "El sistema energético argentino y las decisiones de la justicia", La Ley 27/07/2016, p. 6; AR/DOC/2227/2016.

RAWLS, John, *Justicia como equidad*. *Materiales para una teoría de la justicia,* Tecnos, Madrid, 1986.

REY VÁZQUEZ, Luis E., "Estado, administración y realidad: la participación del ciudadano en la gestión pública", Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Santa Fe, nº 1, p. 119-171, ene/jun. 2016, ISSN 2469-0813.

REY VÁZQUEZ, Luis E., “La participación del ciudadano en el control de los servicios públicos”, ponencia presentada como integrante del panel 056, en el XXI Congreso Internacional CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, celebrado en la ciudad de Santiago, Chile, entre los días 8 y 11 de noviembre de 2016.

REY VÁZQUEZ, Luis E., *La Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos en Argentina. Entre el procedimiento administrativo doméstico y el arbitraje internacional*, Editorial Académica Española, Saarbrüken, Alemania, 2011.

REY VÁZQUEZ, Luis E., “Sociedades Estatales creadas en la última década: de la privatización a la “Re-estatización”, en RRAP N° 399, ISSN 1666-4108, 2011, pp. 39/65; también publicado en RAP Buenos Aires (RAP BA), N° 103-104-105, ISSN 1667-3174, 2011, pp. 49/74.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑÓZ, Jaime, El *Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

SACRISTÁN, Estela B., “Amparo colectivo en la Argentina: Opt-in, Opt-out o tal vez nada”, RADEHM Nº 11, noviembre-diciembre de 2016 - enero de 2017 pp. 207-221.

SACRISTÁN, Estela B., “Acerca de las audiencias públicas solicitadas en “CEPIS” y su fuente”, EDA 30-09-2016, pp. 3-6.

SACRISTÁN, Estela B., “Entre la Ley del Gas y Ley de Emergencia”, La Ley, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, p. 9-10.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 111 y ss.

SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

SOLÁ, Juan V., “Los jueces, las tarifas y los subsidios”, La Ley, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, pp. 10-12.

Verbic, Francisco y Salgado, José M., “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”, La Ley, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, p. 18-19.

LOS CONTRATOS PÚBLICOS *"INCOMPLETOS"* Y LOS DE *"LARGA DURACIÓN"*

(CON MOTIVO DEL PREMIO NOBEL DE ECONOMÍA 2016)

Alejandro Pérez Hualde
2017

1. Introducción.

Hace un año, en este mismo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo abordamos el tema del contrato de concesión de servicios públicos; lo caracterizamos como uno de aquellos que acaba de incorporar el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC) de mi país bajo la denominación de contrato *"de larga duración"*[1]. Señalamos que el concepto viene de la doctrina que sigue en Argentina a Ricardo Lorenzetti[2], uno de los autores de la reforma, quien lo analiza en su Tratado de los Contratos. También referimos que el mismo encuentra su origen en los contratos *"di durata"* que la doctrina italiana trató a mediados del siglo XX de la mano de Oppo[3] y de Messineo[4].

El art. 1011 CCC argentino no los define pero si incluye una descripción que es:

> *"En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos"*.

En su momento recordamos que en este contrato las partes han previsto, según Lorenzetti, la satisfacción

> *"de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. De tal modo, no establecen*

---

1 Alejandro PÉREZ HUALDE, *El Contrato de Concesión de Servicios Públicos como Contrato "de Larga Duración"*, publicado en la revista Derecho y Sociedad, n° 45, p. 81-89, Lima, 2016.

2 Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

3 Giorgio OPPO, *I contratti di durata*, in Rivista del diritto commerciale, 1943-I y 1944-I; también en *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, t. III, Cedam, Padova, 1992, p. 200 y sgs. El autor reconoce la precedencia efectiva de los estudiosos alemanes a principios de la segunda década del siglo XX (Gierke, Krückmann y Gschnitzer).

4 Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I. También se registran antecedentes en el derecho británico bajo la denominación de *"long term contracts"*.

el precio definitivo porque suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas de la cosa porque saben que habrá cambios tecnológicos; no aseguran una obligación de hacer determinada porque seguramente habrá distintas maneras de prestar esa obligación a lo largo del tiempo"[5].

En otras palabras, los contratos *"de larga duración"*se encuentran sometidos a permanentes mutaciones; las obligaciones son concebidas como parte de un proceso;su objeto es desarrollado en el tiempo ya que no es pasible de ser cumplido en forma instantánea sino en una prolongación temporal, pues ese mismo objeto consiste en una definición de una operación jurídica que contiene elementos indeterminados, reglas de contextura abierta y procedimientos para la determinación.

La doctrina ha puesto en evidencia que

"el contrato se refiere a conductas multidimensionales, a veces no fáciles de medir ni de estandarizar; se proyecta sobre un futuro de resultados inciertos –cambios tecnológicos, regulatorios, etc.– y supone un notable intercambio de información propia –esto es, no conocida por la otra parte– para poder facilitar, o posibilitar, la realización de las conductas contractuales. Además, las partes han de realizar inversiones –equipos de investigación ad hoc, realización de pruebas y ensayos preclínicos y clínicos sobre ciertas sustancias– que tienen poco o ningún valor fuera de esa específica relación contractual"[6].

Señalamos que la naturaleza del contrato ocasiona una permanente dinámica que obliga a las partes a prestar atención a los cambios que, lejos de ser imprevistos –ni imprevisibles–, son esperados más allá de la imprecisión de su contenido, carácter y magnitud. Es por ello que la normativa prevé, conforme lo recomienda la doctrina, mecanismos de sostenimiento del equilibrio dinámico de las prestaciones durante la ejecución del contrato.

En ese orden se inscriben las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, autora del *"Libro Blanco"*, sobre la previsión de*"la existencia de una cláusula evolutiva que permita adaptar las exigencias en función de las necesidades e inquietudes cambiantes de los consumidores y usuarios y de la variación del entorno económico y tecnológico"*; y, en esta misma línea, José Luis Martínez López-Muñiz[7] incluye como particularidad necesaria su *"adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales"*. Es por esta razón que Morello[8] denomina a este contrato como uno de aquellos de *"renegociación permanente"* y que el civilista Jorge Joaquín Llambías –ya antes– denomina contratos *"fluyentes"* pues se trata de contratos *"que hacen brotar poderes jurídicos que requieren ser fecundados por la acción del tiempo"*[9].

---

5 Ricardo LORENZETTI, *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, en revista La Ley, 1997-E, 1103.

6 Marcelo HERSALIS, *Los contratos de larga duración*, en revista jurídica La Ley, tomo 2011-D, p. 807.

7 José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Servicio público, servicio universal y –obligación de servicio público– en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos*, en *"Os caminhos da privatização da Administração Pública"*, Stvdia Ivridica, nº 60, Colloquia 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

8 Augusto M. MORELLO, *Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente*, La Ley, 1989-C, p. 1227.

9 Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo I, *Teoría general de la obligación. Efectos de las obligaciones. Teoría general de los privilegios*, 4° ed. act. Por Patricio RAFFO BENEGAS, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 270; el autor sigue expresamente en este punto a Alejandro RAYCES, *Reducción legal de intereses y arrendamientos*, revista Jurisprudencia Argentina, t. 42, sección doctrina, p. 19.

También se ha sostenido que

> *"son los contratos de tracto sucesivo. Si nos remontamos al origen etimológico de la palabra tracto, viene del vocablo latino 'tractus' que es un período de tiempo que transcurre entre dos hechos, o el espacio que los separa, pero a su vez los relaciona, estableciendo entre ellos una relación o enlace causal y sucesivo según la Real Academia de la Lengua Española, como algo que sucede o sigue a otra"*[10].

Ya destacaba en este rumbo, el italiano Oppo, que

> *"en definitiva, la relación sinalagmática existente entre las prestaciones recíprocas en los vencimientos singulares no tienen necesidad de encontrar su fundamento en la construcción contraria: el carácter sinalagmático de las prestaciones que se contraponen en los momentos singulares de ejecuciones se encuentra en la causa del contrato de duración, causa que, cuando el contrato es bilateral, consiste en hacer que las partes obtengan por un cierto tiempo prestaciones recíprocas estables. La sinalagmaticidad, así como existe entre las dos obligaciones duraderas, así existe también en cada uno de los momentos singulares de ejecución: la relación sinalagmática de cada acto de ejecución está implícita en la relación sinalagmática de las dos primeras"*[11].

Por todo ello, sostenemos que

> *"Son caracteres fundamentales del contrato: a) la duración es esencial; b) es imposible su ejecución instantánea; c) no hay precisión en las cantidades de las prestaciones; d) puede no haber plazo preciso; e) su mutabilidad hace a su naturaleza; f) es un proceso; g) es de renegociación obligada; y, h) su rescisión anticipada está limitada y sujeta a algunas condiciones previas para su concreción"*[12].

Pero también se registran fuertes críticas a esta figura; se ha sostenido que

> *"Se crea así una categoría imprecisa"… "Es sabido que cualquier normativa o cláusula que abra la puerta en forma indiscriminada a una 'renegociación' del contrato, durante su desarrollo o en oportunidad de su extinción, disminuye la obligatoriedad de los compromisos contractuales con menoscabo para la seguridad jurídica"*[13].

2. Contratos *"incompletos"*.

No obstante la crítica y las prevenciones al respecto, su presencia en el mundo jurídico en general se ha visto potenciada de modo relevante en el mundo económico, debido a que los profeso-

---

10 Hernando PARRA NIETO, *Terminación de los contratos de larga duración por advenimiento de circunstancias que impiden la realización de su fin o finalidad*, presentado al mencionado profesor por Stefanny DÍAZ BLANCO, Margarita HURTADO LONDOÑO, Fernando PÉREZ MÉNDEZ, Sara RUEDA y Jesús Daniel VILLEGAS GUTIÉRREZ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo de 2014, en www.academia.edu/8024233/TERMINACI%C3%93N_UNILATERAL_DEL_CONTRATO_Y_TEOR%C3%8DA_DE_LA_IMPREVISION?auto=download (entrada 31/01/2017).

11 OPPO, *I contratti di durata...*, cit.

12 PÉREZ HUALDE, cit, p. 84.

13 Diego SERRANO REDONNET, *Los contratos de larga duración en el nuevo Código Civil y Comercial*, en www.pensamientocivil.com.ar/system/files/los-contratos_de_larga_duracion_en_el_nuevo_codigo_civil_y_comercial.pdf#viewer.action=download (entrada 13/02/2017). Cita en su apoyo a Patrick BOLTON, *Renegotiation and the Dynamics of Contract Design*, European Economic Review 34 (1990), ps. 303-310, y Drew FUDENBERG y Jean TIROLE, *Moral Hazard and Renegotiation in Agency Contracts*, Econometrical 58 (1990), ps. 1279-1319.

res del Massachusetts Institute of Technology (MIT) Oliver Hart y Bengt Holmström obtuvieron el premio Nobel de Economía 2016 con su *"Teoría del contrato"*. Esta teoría se sustenta en el pago por rendimiento contractual de tal modo de desarrollar una habilidad suficientemente detallada del instrumento *ex ante* de tal modo de prever medidas y rendimientos *ex post* cuando se desenvuelven en un mundo tan cambiante que lleva a la necesidad inevitable de tener que celebrar contratos incompletos.

Esta raza de los *"incomplete contracts"* son explicados por Hart y Moore quienes inician su análisis sobre la base de que

> *"uno de los más serios problemas que encaran los escritores de un contrato es aquel de especificar todos los aspectos relevantes para el funcionamiento del contrato. En particular, puede ser prohibitivamente costoso indicar las acciones precisas que cada parte en el contrato debería tomar en cada eventualidad concebible. Debido a estos 'costes de transacción', las partes pueden, en la práctica, terminar escribiendo un contrato muy incompleto"*[14]…

Asumen así la realidad de que

> *"el mayor problema que enfrentan los redactores del contrato es anticiparse y hacer frente adecuadamente a las numerosas contingencias que pueden surgir durante el curso de lo que puede ser una relación muy larga"*;

Y dado que no es posible *"planificar para cualquier eventualidad concebible, los contratos típicamente contienen grandes brechas"*… de ahí concluyen finalmente afirmando que

> *"Nuestra suposición es que esto está conectado con la asunción de una ilimitada racionalidad. Dado que las partes tienen capacidad ilimitada para concebir todas las posibles situaciones de costo-beneficio -… - cualquier renegociación puede ser anticipada e incorporada en el proceso de revisión previsto en el contrato original. En orden a entender la renegociación como un fenómeno de equilibrio, parecería por lo tanto que podríamos abandonar esa asunción de la racionalidad ilimitada. Huelga decir que este es un tema vital –siempre tan difícil– para futuras investigaciones"*[15].

En el documento de presentación oficial del premio Nobel, la descripción efectuada por la Comisión deja constancia de que el carácter incompleto del contrato de la teoría podría deberse a la imposibilidad de describir todas las posibles contingencias futuras (condiciones del mercado, estados de naturaleza, etc.) por adelantado; cuando hay demasiadas contingencias posibles para describir, o incluso para prever y no se plantea la posibilidad de no suscribir contrato alguno. Pone énfasis especial en las calidades que debe reunir la contraparte, atento a que será con quien habrá que acordar los cambios necesarios frente a las contingencias; asimismo, adquieren especial relevancia los mecanismos de resolución de los conflictos[16].

---

14 Oliver HART and John MOORE, *Incomplete contracts and renegotiation*, Working Paper Department of Economics, nr 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology, http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart (entrada en febrero de 2017), p. 1.

15 HART y MOORE, cit., p. 38 y 39.

16 The Committee for the Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel, *Oliver Hart and Bengt Holmström: Contract Theory*, 10 de octubre de 2016, p. 26.

La influencia de las teorías sobre contratos incompletos ha motivado la reorganización y diseño de las empresas comprometidas mediante descentralización de sus riesgos y de los incentivos, como así también de la integración vertical de los grupos societarios involucrados[17]; también se ha investigado su impacto en los ciclos productivos[18] y los riesgos que acarrea cuando el contrato ha sido asignado en un concurso de precios y no es posible conocer el costo futuro de las adaptaciones y renegociaciones que sin duda sobrevendrán durante la vida de ese acuerdo y la esperable estrategia ya prevista por el cocontratante frente a esa realidad inevitable[19].

Aun así, hay doctrina que sostiene que suscribir *"incomplete contracts"* es mejor que emplear la figura del contrato aleatorio si las partes acuerdan una forma razonable de división de los superávits[20]; en especial, se ha recomendado con ese fin, una referencia explícita de la estructura de costos de la contratación[21] y ello es útil para fundamentar la necesidad de transparencia y rendición de cuentas en las relaciones contractuales y las organizaciones, públicas y privadas[22].

En todos los casos hay coincidencia en que esa anunciada renegociación, fruto de una revisión constante, genera nuevos costos de transacción[23]; y esta realidad, también debe ser ponderada a la luz de las posibilidades de corrupción y de la capacidad de negociación de la parte que representa al gobierno[24], lo cual genera dificultades importantes para quienes enfocan la relación desde un punto de vista estrictamente económico.

3. La realidad de la contratación pública.

Los economistas que analizan este fenómeno, no siempre tienen claramente visualizada la distinta naturaleza de los beneficios esperados por cada una de las partes; mientras el inversor privado buscará la disminución de costos y su máximo beneficio económico, el gobierno deberá perseguir –por ejemplo– la máxima calidad y eficiencia del servicio público que se traduce en el cumplimiento estricto de los caracteres del mismo: generalidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y regularidad. Para la parte pública, el beneficio económico es importante pero pasa a un segundo plano en la medida en que está condicionada por la garantía constitucional de control sobre la calidad y eficiencia de esos servicios (art. 42 CN).

---

17 Philippe AGHION, Nicholas BLOOM and John VAN REENEN, *Incomplete Contracts and the Internal Organization of Firms*, NBER Working Paper No. 18842, February 2013. También ver Gene M. GROSSMAN and Elhanan HELPMAN, *Incomplete Contracts and Industrial Organization*, NBER Working Paper No. 7303, August 1999.

18 Pol ANTRÀS, *Incomplete Contracts and the Product Cycle*, NBER Working Paper No. 9945, August 2003.

19 Patrick BAJARI, Stephanie HOUGHTON and Steve TADELIS, *Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis*, NBER Working Paper No. 12051, February 2006.

20 Maija HALONEN-AKATWIJUKA and Oliver D. HART, *More is Less: Why Parties May Deliberately Write Incomplete Contracts*, NBER Working Paper No. 19001, April 2013.

21 Henrik HORN, Giovanni MAGGI and Robert W. STAIGER, *Trade Agreements as Endogenously Incomplete Contracts*, NBER Working Paper No. 12745, December 2006.

22 Fernando GÓMEZ y Juan José GANUZA, *La teoría económica del contrato recibe el Nobel*, en Editorial InDret, n° 4/2016.

23 Carlos Alberto BARRETO NIETO, *Modelo de Asociación pública-privada: un enfoque de Teoría de contratos*, en Revista de Economía Institucional, vol. 13, n° 25, segundo semestre/2011, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Universidad Autónoma del Estado de México, p. 254, ver en http://www.redalyc.org/toc.oa?id=419&numero=21464 (entrada 5 de marzo de 2017).

24 BARRETO NIETO, cit., p. 273.

La *"calidad"*, es definida como *"la capacidad de un conjunto de características intrínsecas para satisfacer requisitos"* (normas ISO 9000); por lo tanto, el *"control de calidad"*, como garantía constitucional no es otra que la comprobación permanente de que el servicio público se presta efectivamente cumpliendo los *"requisitos"* necesarios para la satisfacción de la necesidad que tiene por objeto específico, y que –con ese fin– lo hace en cumplimiento estricto de los caracteres esenciales de *"generalidad"* en su alcance –que supone la razonabilidad de las tarifas–, de tratamiento en la *"igualdad"* equitativa prevista en la CN, asegurando su *"continuidad"*, bajo un sistema de *"regularidad"* y en estricto cumplimiento de su *"obligatoriedad"*. Se trata de cumplir con los caracteres que son, precisamente, los que la ley respectiva ha tenido como finalidad cuando ha establecido la cobertura de esa necesidad bajo el régimen propio imperativo del derecho público.

Esta calidad que es guía para el gobierno, es también conocida para el inversor privado que no puede ignorarla en la medida en que su contratante estatal juega con las cartas abiertas obligado por su naturaleza pública; es más, ese compromiso del gobierno con la calidad así entendida, se transforma en el disparador de numerosas modificaciones en el contrato, exigidas desde la parte estatal, normalmente en el terreno de la innovación tecnológica y en los avatares económicos, que imponen la permanente renegociación en procura del sostenimiento de ese equilibrio, que Lorenzetti califica de *"dinámico"*, de las prestaciones futuras. Cabe recordar que el *"rebus sic stantibus"* deja de ser un principio contractual y se convierte en una meta expresa y sostenida de las partes a lo largo del contrato de *"larga duración"*.

Es muy alta la proporción de contratos de *"larga duración"* que suscriben los gobiernos en la actualidad. Las concesiones de uso privativo de bienes del dominio público, de construcción de grandes obras públicas pagaderas con su explotación comercial, los contratos de generación y transmisión de energía, de producción y conducción de gas natural y de agua potable, los de distribución de los distintos servicios públicos etc…, los contratos de suministro y de consultoría, todos ellos están comprendidos en el concepto pero no han sido abordados en ese carácter; las concesiones han sido tratadas como si fueran contratos de obra y los de suministros y de consultoría como simples contratos de compraventa o de locación de servicio, respectivamente.

El enfoque propuesto por las nuevas técnicas de abordaje al contrato de naturaleza más frecuente que suscribe el sector público nos lleva a revisar algunas situaciones que, desde este ángulo de análisis, obligan a replantearlas desde el punto de vista de los controles que exige la contratación pública. Sobre todo en estos tiempos de corrupción en alta escala.

4. Nuevas exigencias para la contratación pública.

Las novedades que provienen del mundo de la economía tienen consecuencias importantes en nuestro mundo de la contratación pública. Tal vez las exigencias sean las de siempre, pero sin duda es necesario revisarlas muy minuciosamente porque se mueven en otro escenario que, debidamente ponderado, puede mejorar grandemente la calidad de la contratación estatal.

a) Reconsideración del carácter "intuitu personae" del contrato celebrado por la Administración.

Siempre fueron importantes las cualidades personales de quien contrata con la Administración. La ponderación del significado propio del contrato vinculado con el bienestar general impuso como

necesaria la consideración especial de los componentes que permiten arribar a una valoración de las cualidades especiales que debe reunir quien concurre a contratar con el sector público.

Ya acertaba Marienhoff cuando opinaba que *"es éste un principio general, válido para todos los contratos administrativos; todos son concluidos 'intuitu personae', aun los que se llevan a cabo por licitación"*[25]; ello porque alguna doctrina sostenía que algunos contratos revestían la calidad de *"intuitu rei"* considerando irrelevante la persona del contratante, como en algunos suministros.

Es una constante de nuestra tradición doctrinaria la de distinguir los conceptos de oferta *"más conveniente"* de aquella *"más barata"*; es más, ha sido necesario precisar en alguna ocasión que cuando ha existido un paso previo de análisis de antecedentes, comúnmente llamado *"sobre 1"* –en el procedimiento de *"doble sobre"*–, luego se impone la necesidad de adjudicar al de menor precio. Pero en este ámbito de acuerdos de *"larga duración"*, la seguridad de que el contrato atravesará por renegociaciones y reestructuraciones, que cambiarán los contenidos de las prestaciones, desplaza necesariamente aún más la ponderación de la licitante desde el cálculo de los precios hacia las cualidades y capacidades personales de la oferente. ¿De qué vale estimar los aspectos económicos que seguro cambiarán?

Es en las cualidades propias del oferente donde habrá que poner el acento específico pues es con esa persona con la que habrán de acordarse los nuevos términos de la contratación en aras de sostener el equilibrio del contrato y la continuidad de las prestaciones que, en muchos casos –como en los servicios públicos–, son ininterrumpibles. Es muy importante tener en cuenta la advertencia de que esta adaptación de costos del contrato en curso es uno de los principales factores de encarecimiento y de frustración del sistema de licitación pública[26].

Nótese que, si bien sería posible judicializar la obligación a concurrir a la renegociación imponiendo una actitud acorde a la naturaleza del contrato, y a la letra del art. 1011 CCC, de ningún modo podría el juez del contrato[27] llenar los contenidos comerciales y de cualidades del servicio público en crisis contractual. Es más, el juez podría calificar la conducta de buena o mala fe en los contratantes que *"deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración"* (art. 1011 CCC) y establecer consecuencias jurídicas si se presentara un *"ejercicio abusivo"* de los derechos, pero sin incurrir en la determinación de los contenidos comerciales y prestacionales del servicio público.

Por esta razón, atento a que en el ámbito de la renegociación es esperable una actitud de manipulaciones estratégicas[28] en las partes, a que es posible algún grado de corrupción[29], resulta

---

25 Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho Administrativo*, tomo III-A, 3ra ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 316.

26 BAJARI, HOUGHTON y TADELIS, cit., p. 28.

27 Gastón JÉZE, *Principios generales del Derecho Administrativo*, tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 409 y sgs.; el juez estaría inmiscuyéndose en facultades del Poder Ejecutivo sobre contenidos de los servicios públicos.

28 BAJARI, HOUGHTON y TADELIS, cit., p. 6.

29 BARRETO NIETO, cit., p. 273. Veren especial: José María GIMENO FELIU, *El necesario big-bangcontra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control*, en Revista Internacional Transparencia e Integridad, RITI, n° 2, septiembre-Diciembre 2016, p. 5; allí el autor señala que : *"las empresas españolas consideraron que la causa más destacada en esta fase eran las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (69%), en relación con todas las infracciones que pudieran darse en el conjunto del ciclo de la contratación"*.

fundamental la calificación de los antecedentes y trayectoria de comportamiento contractual de la persona, física o jurídica, con la que se lleva a cabo la contratación inicial. Es especialmente ponderable la apertura de información que brinda la empresa privada a la hora de recomponer el equilibrio contractual.

Asimismo, deberán tomarse las precauciones para evitar el cambio, sin previa autorización expresa, de personas o de accionistas que modifiquen la calidad personal de la contratante particular, mediante la prohibición de cesiones totales o parciales del contrato y de la composición de su paquete accionario.

b) Revalorización de las cláusulas tendientes a garantizar el sostenimiento del equilibrio dinámico de las prestaciones.

Se pregunta la doctrina cuál es el equilibrio a sostener en las renegociaciones que las partes podrían prever en el momento inicial de la contratación[30].

Si bien es posible plantearse como objetivo el mantenimiento de aquel equilibrio logrado al instante inicial de contratación, pues resulta muy relevante si el origen que tuvo la contratación fue de carácter licitatorio –como sistema de sostenimiento del principio de igualdad– no siempre es posible determinarlo con precisión, pues son numerosas las variables que pueden afectar aquella situación originaria.

Es otra razón, precisamente, para que la selección del oferente adjudicatario no recaiga sobre razones exclusivamente de precios o de cánones, sino sobre calidades técnicas y morales del mismo.

El equilibrio a sostener será aquel necesario para asegurar la continuidad de la prestación en el tiempo en que se analiza; sobre todo si se trata de un servicio público en ejecución. Acá es donde juegan un rol determinante las autoridades independientes de control, en el caso argentino serían los *"organismos de control"* previstos por el art. 42 CN aún pendientes de realización efectiva en su pleno significado constitucional[31].

El equilibrio del contrato debe ser actual, concreto –no teórico–, verificable, sostenible desde el punto de vista financiero para que se garantice realmente la continuidad del servicio público –si de ese contrato se tratara– o la seguridad del suministro, si ese fuera el caso.

Cabe tener presente que la dimensión contractual que adquieren las órdenes impartidas por el concedente o el suministrado, en los contratos de concesión o de suministro –respectivamente–, que los distingue conceptualmente de lo que significa el ejercicio del *"ius variandi"* de los contratos de obra pública, por ejemplo, permite hacer un análisis de equilibrio de prestaciones que no se limita a la conceptual reparación *"in integrum"* de esta opción sino que debe ser ponderada en el conjunto de relaciones comprendidas por el contrato en curso.

---

30 Patrick BOLTON, *Incomplete contracts and renegotiation. Renegotiation and the dynamics of contract design*, en European Economic Review, n° 34, 1990, North-Holand, p. 306.

31 Ver nuestro *Los "organismos" federales de control en la constitución: de servicios públicos y fiscal*, prólogo de Enrique Bulit Goñi, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2014.

La naturaleza del contrato obliga a repensar los límites de la regulación pública frente a la dinámica propia del contrato en su transcurso y realización temporal.

c) Recalificación de los controles sobre los comportamientos económicos de los contratos públicos a fin de prever la verificación de sus renegociaciones.

Si bien el contrato de concesión del servicio público es bilateral, son múltiples los sujetos involucrados en la relación jurídica de base. Sólo basta considerar el interés de los usuarios, verdaderos acreedores –con acción directa–, quienes no podrían ser excluidos en la tramitación de la renegociación en curso[32].

El aseguramiento de participación de las asociaciones de usuarios en los organismos de control, que prevé en forma expresa como necesaria el art. 42 CN, adquiere importancia trascendente en este momento de recomposición contractual. La alta profesionalidad técnica imprescindible de esos organismos de control se hace también ineludible en esta instancia cuando se trata de contratos sobre servicios públicos.

De igual modo, es esencial la incorporación de instrumentos de verificación de posibles maniobras de corrupción en ese ámbito de relación directa que se mantiene abierto durante el contrato, en una interacción de órdenes de modificación –para asegurar el progreso de la prestación y su adaptación a la técnica más moderna– y respuestas de renegociación que reflejen el mayor esfuerzo y mantengan vigente el sinalagma del contrato.

d) Redimensionamiento de los requerimientos de financiación.

Debemos ser conscientes de las dificultades que la naturaleza del contrato implica para su financiación; sobre todo si es externa. La calidad y la credibilidad de las partes se convierten en esenciales a esos efectos. Es altamente probable que un eventual financista del contrato, de las inversiones que, por ejemplo, el concesionario del servicio público esté obligado a realizar, exigirá su participación activa en la instancia de recomposición de las prestaciones.

Es frecuente la cesión de derechos económicos del concesionario en favor de quien compromete fondos en el proyecto financiero que respalda sus obligaciones de inversión; pero también es usual que la concedente cedida se resista a esas cesiones o que las condicione en modo no siempre aceptable para el financiador. Cabe recordar las recomendaciones de la doctrina en el sentido de que los *"riesgos que no son diversificables ni asegurables, la aversión de las empresas al riesgo, las asimetrías de la información y otros costos que hacen incompletos los contratos, se necesitan para crear aspectos involuntarios ex post en los términos del contrato"*[33].

e) Revisión de las cláusulas de rescisión contractual unilateral.

---

32 BOLTON, cit., p. 310. Tampoco sería posible a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *"CEPIS"* si está en revisión el monto de la tarifa o –agregamos nosotros- una modificación sustancial del servicio (fallo CSJN, *"Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y ot. c/ Ministerio de Energía y Minería s/amp. colect."* –FLP 8399/2016/CS1 del 18-08-2016-).

33 Sherwin ROSEN, *Los contratos implícitos: una reseña*, en revista El trimestre económico, Fondo de Cultura Económica, México; donde el autor deja constancia de que el trabajo ha sido tomado del *"Journal of Economic Literature"*, vol. XXIII, septiembre 1985, traducido por Eduardo L. Suárez, p. 237.

Se ha incluido entre las facultades *"exorbitantes"* de la Administración en el ámbito de los contratos que celebra el que le permite rescindirlos en forma unilateral invocando razones de oportunidad, mérito o conveniencia[34]; pero no es en este análisis un problema.

En los contratos de *"larga duración"* la cláusula rescisoria

> *"no puede sostenerse que integre la lista negra que autoriza a priori a descalificarla como vejatoria, puesto que la decisión de rescindir en si misma considerada no es jurídicamente reprochable, porque no es contraria a derecho, aunque si debe admitirse que genera in limine una situación de evidente desequilibrio, abriendo la posibilidad de que el contratante fuerte ejerza su poder en forma abusiva"*… y precisa que *"el ejercicio es abusivo, cuando es realizado con arbitrariedad e intempestividad, generando una natural reprobación de la conducta de la empresa económicamente más fuerte, pero ello sin embargo, no autoriza a consagrar la perpetuidad del contrato, pues no es dable imaginar que las partes se obligaron ad eternum, pudiendo siempre rescindirlo si media justa causa. Como ha dicho la Corte Federal con acierto (CS, 4/8/1988, Automotores Saavedra S.A. c. Fiat Argentina S.A., ED, tomo 133, pág. 117) estabilidad no supone eternidad"*[35].

Como hemos sostenido antes, negamos la naturaleza exorbitante de la cláusula porque no responde a la definición de exorbitancia que ha elaborado la doctrina y jurisprudencia de Argentina, en el sentido de que su presencia en el ámbito de los contratos privados sería causal de nulidad inmediata. No es así; son numerosos los contratos donde se prevé expresamente esta posibilidad de rescisión unilateral, como es el caso de la locación de obra civil.

En el contrato de *"larga duración"* está contemplada esa facultad como propia de la naturaleza del mismo y ha motivado análisis específicos por la doctrina especializada[36].

La Administración contratante y los organismos de control, deben poseer equipos muy profesionalizados que le permitan evaluar muy precisamente las circunstancias a la hora de tomar una decisión tan severa como la rescisión del contrato de *"larga duración"*. Es aconsejable que los pliegos y las condiciones de contratación posean previsiones en ese sentido para evitar abusos que luego puedan perjudicar el interés público comprometido en la contratación.

5. Reflexión final.

La teoría del contrato de los ganadores del Premio Nobel 2016 en el mundo de la economía, brinda un aporte muy útil para una ponderación más comprensiva de la figura jurídica del contrato de *"larga duración"* que tiene especial significación y utilidad en nuestro Derecho Administrativo.

---

34 Hemos sido críticos en nuestro *Exorbitancia de las prerrogativas de la administración en los contratos*, en AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, año 5, opus nro. 9, Enero - Junio 2011, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Coordinación de Posgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo *"Agustín Gordillo"*, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2011, p. 175-226.

35 Alejandro E. FREYTES, *La rescisión unilateral y los contratos de duración*, en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, año 2010, p. 157; ver: www.revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/download/6285/7371; (entrada 31/1/2017).

36 Ver PARRA NIETO, cit.; También María Paula TORRILLO, *Rescisión unilateral de contratos de larga duración*, IJ Editores, cita online: IJ-XCVIII-286, Buenos Aires, 2017; también Juan P. LORENZINI, *La rescisión unilateral en los contratos de duración y su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en ERREIUS, 3 de marzo de 2017, Buenos Aires, 2017; ver https://blog.erreius.com/

En especial, permite reforzar nuestra línea de pensamiento tendiente a fortalecer la idea de procurar no salir del marco que brinda el contrato y sus implicancias; de resolver los avatares contractuales sobre la base de consideraciones de ese mundo sin recurrir a figuras extrañas, propias de la relación de mando o de conducción política, que distorsionan la realidad contractual y la llevan a un ámbito donde es frecuente la respuesta autoritaria que poco contribuye a la realización de los objetivos que bien pueden desarrollarse en el espacio del contrato tanto respecto de los intereses privados como de los públicos comprometidos en el emprendimiento.

“MODIFICACIÓN DE CONTRATOS EN UN ENTORNO DE BUENA ADMINISTRACIÓN”

Dr. Manuel Javier Paolino

1.- INTRODUCCIÓN. El interés general y la buena administración.

Debo comenzar esta exposición citando el último párrafo de un reciente trabajo del Prof. Jaime Rodriguez Arana sobre contratación pública y Derecho Global, que, en mi opinión, resume, en pocas líneas la base conceptual de lo que pretendo exponer. Dice el autor: “*En materia de contratación pública se trata de facilitar a los ciudadanos servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes”.* Y luego, trayendo a colación el interés general, agrega el autor: *“ha de buscarse en cada caso, sea del país y nacionalidad que sea, la empresa que esté en mejores condiciones de hacer la obra, prestar el servicio o el suministro en cada caso*”. [1]

Tratar de entender el fenómeno jurídico de la contratación en la que el Estado es parte, cualquiera sea el nombre que se le dé al instituto, al margen del concepto medular, según el cual los poderes del Estado son instrumentos cuya finalidad es satisfacer el “interés general”, nos conducirá, irremediablemente, a resultados equivocados. Asimismo, tratar de entender el fenómeno jurídico de la contratación del Estado, fuera del concepto y las referencias de la “buena administración” conducirá a caminos equivocados.

Hay, pues, en torno a la contratación del Estado, en lo que tiene que ver a su régimen jurídico y dentro de éste, lo que refiere al poder normativo negocial de la Administración, una cuestión de motivos y de fines, que le da al instituto en estudio sus propias reglas, sus propios principios. Reglas y principios que tiene como consecuencia inevitable que el régimen jurídico de los contratos donde participa el Estado no pueda ser el mismo que el de los contratos donde sólo participan particulares o, dicho de otra manera, donde no participa el Estado.

Intentar aplicar, sin miramiento, todas las normas contenidas en el Código Civil a los contratos donde participa el Estado, normas dictadas para regular un fenómeno económico y jurídico sustancialmente diferente, implicará intentar derogar o extinguir el “interés general”, esto es, intentar ignorar, en palabras del autor citado, que la contratación del Estado *se trata de facilitar a los ciu-*

1 Jaime Rodríguez Arana, “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”, Revista de Derecho-UCU, 13 (julio 2016), pp. 189-217.

dadanos servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes.

Por lo tanto, las reglas que rigen la actividad del Estado, entre ellas la que refieran a la contratación, son reglas de Derecho Público, con independencia de dónde estén contenidas.

En el otro extremo, pretender que, con solo invocar el interés general es suficiente para que el administrador disponga lo que se le ocurra sobre un contrato ya perfeccionado, será pretender que existen sectores de la actividad estatal regidos por alguna especie de inmunidad del poder; lo que será otro tipo de error jurídico.

Determinar si el Estado cuenta con los poderes jurídicos para modificar los contratos que ha celebrado, y precisar cuáles son las limitaciones y condicionamientos de esos poderes, debe pasar por ubicar en qué consisten esos poderes y por lo tanto identificar el poder normativo del Estado en esos casos y el régimen jurídico a que esté sujeto.

2.- DESARROLLOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. RAZONES HISTÓRICAS

En una perspectiva histórica, quizás haya elementos objetivos que expliquen por qué la Teoría general del contrato ha tenido mayores desarrollos normativos y doctrinarios dentro del Derecho Privado. Durante siglos, y aun en nuestros días, existen autores, y hasta derechos positivos, que niegan que exista una categoría de Contratos de la Administración. Para esta parte de la doctrina la única manera que el Estado se expresaba es mediante actos de autoridad, unilaterales.

Lo cierto es que en los Estado prerrevolucionarios –monárquicos y autoritarios– los contratos del Estado (o del Príncipe) tenían notoria existencia, pero era una forma excepcional de actuación del Estado. Luego, en la medida que avanzaba el Estado de Derecho, la organización estatal necesitó, para cumplir con sus cometidos y cumplir de manera más completa el requerimiento de satisfacer el interés general, acudir a acuerdos con otras personas.

En el ámbito de los contratos entre privados, primero en Europa y luego en el resto de lo que se ha denominado "mundo occidental", durante la segunda mitad del siglo XVIII y el siglo XIX, con todos los cambios culturales originados, fundamentalmente con la revolución industrial, se produce lo que algunos autores han denominado "la explosión del contrato". No sólo la celebración de acuerdo de voluntades crece de manera exponencial, los nuevos negocios entre particulares van requiriendo de los Estados, los correspondientes desarrollos normativos. El liberalismo económico y el concomitante despliegue del individualismo, que había comenzado el siglo XVIII y sigue hasta nuestros días, han tenido determinantes reflejos en los ordenamientos jurídicos de occidente, especialmente en las regulaciones de los contratos.

El liberalismo económico clásico representado por Adam Smith proponía, entre otras cosas, excluir al Estado de la intervención en la economía; fue la conocida política del *laissez faire*, teoría económica, política y jurídica que tenía como consecuencia la menor participación del Estado en lo económico, por lo que el instrumento del contrato del Estado era notoriamente excepcional. Estas teorías, abandonadas mayoritariamente por las constituciones del siglo XX, se mantienen, no obstante como inspiración de muchos autores, no sólo en economía, sino también en el Derecho.

Aun luego del advenimiento del Estado social de Derecho, el contrato entre particulares ha sido no sólo un instrumento jurídico y cultural, se constituyó en una expresión ideológica fundamental de las corrientes de pensamiento dominantes.

En nuestros países, con las codificaciones del Siglo XIX, el contrato de derecho privado ha tenido los más completos desarrollos normativos. En Uruguay, con explicación o sin explicación razonable, lo cierto es que han sido los autores de Derecho Privado quienes han realizado los mayores desarrollos de la Teoría del contrato. Esto es así, pero de ello no puede concluirse, lógicamente, que los contratos del Estado no existen, o que en lo técnico jurídico, sólo son un apéndice de los contratos de derecho Privado.

Seguramente, no corresponde al objetivo de este trabajo profundizar en este punto, indudablemente, muy extenso, bástenos pues remitir al lector a dos trabajos de lectura necesaria para ubicar la cuestión es estudio. El primero, que más que un trabajo es el resultado de la profunda investigación, es la obra del Profesor de la Universidad Católica del Uruguay Dr. Carlos DE CORES, denominado "Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica", publicado en Montevideo en el año 2015. Y el segundo, una mirada desde el Derecho Público, y un punto más concreto, el trabajo de la Profesora Cristina Vázquez titulado "La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la administración". En este último, se analiza el punto central de la normativa y principios que rige los contratos del Estado, y que constituye la base de la diferenciación con los contratos entre particulares, es el de los poderes jurídicos.

3.- LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO PRIVADO.

3.1. CUESTIÓN PREVIA. PERSONALIDAD DEL ESTADO

El Estado tiene una sola personalidad y siempre es pública. Hace mucho más de un siglo se ha abandonado la tesis de la doble personalidad del Estado.

Sostener que el Estado pueda tener doble personalidad, en algún caso, pública, y en otros, privada, sería un punto de partida absolutamente diferente al que estamos tomando en este trabajo. Seguimos pues, lo que es la postura de la casi unanimidad de la doctrina contemporánea, sobre la personalidad única, y siempre pública, del Estado. Por otra parte, el hecho que, para determinar la regulación de algunos aspectos de los contratos del Estado, haya que recurrir a normas contenidas en algún código de Derecho privado, no puede implicar que en esos casos, estaremos ante un contrato de Derecho Privado y que, por lo tanto, el Estado actúa como si fuera un particular.

Si el Estado actúa con personalidad única, no es posible que actúe, en ningún caso, con personalidad de Derecho privado. Por lo que es conclusión lógica inevitable que no puede existir una categoría de contratos de Derecho privado del Estado. Lo que no impide que algunas normas, contenidas en el sector del ordenamiento denominado "Derecho privado", apliquen a los contratos del Estado. Pero esto no transforma al Estado en persona de Derecho Privado, ni a los contratos donde participa una entidad estatal, en contratos de Derecho privado.

Señala Cristina Vázquez: *"Nos parece incuestionable la veracidad contenida en la afirmación de que la división en contratos administrativos y contratos de Derecho privado de la Administración no se*

ajusta a la realidad de las cosas. El análisis de esa realidad nos demuestra que todos los vínculos de la Administración se rigen por el Derecho público en aspectos como el de la competencia, del procedimiento, de la necesidad de habilitación previa (por ejemplo, para ceder), de la formación de la voluntad administrativa, de exigencia de crédito disponible, de formalización del contrato, etc." [2]

En Uruguay, nos enfrentamos a una dificultad que, puede decirse, es exclusiva de los países donde el legislador no ha dictado, de manera específica, y más o menos completa, las reglas que rigen los contratos del Estado.

Uno de esos problemas es el que nos convoca en este trabajo, esto es, tratar de determinar si en Uruguay, es adecuado a Derecho la modificación de los contratos que celebra el Estado, y, en caso afirmativo, determinar su régimen jurídico.

En este punto, como en casi todos los de nuestra material, es muy útil y casi imprescindible, recurrir a las enseñanzas de la doctrina extranjera. Para este caso, como para todos los demás, habrá que tener la precaución de apreciar las diferencias de Derecho Positivo, sobre las cuales escribe la doctrina extranjera, para poder transitar un camino científicamente correcto y tener la posibilidad de arribar a conclusiones coherentes.

En Uruguay, la doctrina nacional era conteste con la mayoritaria doctrina extranjera sobre la existencia de los contratos administrativos. En estas perspectivas los contratos celebrados por el Estado, podrían regirse parcialmente por normas contenidas en códigos de derecho privado, pero no se perdía de vista que una de la partes contratantes era una entidad estatal, lo que marcaba cierto perfil diferente del contrato, aun de aquellos que denominamos como de Derecho privado. Unánimemente se reconocía la existencia de los contratos de Derecho Público, como categoría, y que el Estado actuaba siempre bajo las reglas del Derecho Público. Más recientemente algunos autores han expresado opiniones diferentes, lo que ha llevado a sostener que las reglas contenidas en los códigos de Derecho Privado aplican, tal como están formuladas en esos códigos, a los contratos celebrados por el Estado, y en definitivita, el Estado contrata como un privado más.

No parece compartible esta interpretación de las normas contenidas en el Código Civil, ni en la época de la codificación, esto es, el Siglo XIX, y menos aún en nuestros días.

Difícilmente pueda sostenerse que el legislador uruguayo del siglo XIX, al aprobar el Código Civil, haya podido tener como finalidad pronunciarse, también, y regular entonces, sobre los preceptos que rigen los acuerdos que pueden celebrar las organizaciones estatales, ya sea estas entre sí, o de una persona estatal con una no estatal y privada. No parece surgir de las disposiciones contenidas en dicho código, que el bien jurídico tutelado sea el "interés general", cuya especial protección, el ordenamiento constitucional ha puesto a cargo del Estado.

Sin perjuicio de ello, ese código contiene normas y recoge principios que son propios de todo tipo de acuerdos, independientemente que los participantes del mismo sean personas de Derecho Privado o de Derecho Privado. Reglas y principios que pertenecen a Teoría General del contrato y no sólo a la Teoría del contrato de Derecho Privado.

---

2 Cristina Vázquez "La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la administración" Revista de Derecho y Tribunales N° 30.-

3.2. OTRA DIFICULTAD QUE SURGE DEL MISMO ORDENAMIENTO

En Uruguay, la legislación sobre los contratos del Estado puede ejemplificarse como un barco escorado, pues la inmensa mayoría de las normas legales refieren a la etapa precontractual, en especial los procedimientos para la selección del cocontratante; y, comparativamente son casi inexistentes las normas legales específicas aplicables a la etapa de ejecución del contrato. Pocas, muy pocas son las normas que, dentro del ámbito exclusivo del Derecho público, regulen todo el complejo fenómeno contractual luego de perfeccionado el contrato. Uno de los puntos de esta etapa es, precisamente, todo lo que refiere a la posible modificación del contrato.

Por otra parte, para el dictado de las reglas que refieren a los contratos del Estado, el legislador se ha situado, fundamentalmente, en el fenómeno económico y financiero del Estado, y toda la regulación jurídica está subordinada a esta perspectiva. El legislador uruguayo no ha podido regular el fenómeno de los contratos que celebre el Estado en una perspectiva técnico-jurídica que no esté subordinada a los aspectos financieros del asunto y más particularmente a la forma del gasto del Estado. Parecería que el fenómeno global de los contratos se ha mirado "con un solo ojo" y de ahí que las normas regulatorias de los contratos del Estado, destinadas a ser aplicadas luego del perfeccionamiento de los mismos, sean muy pocas.

La falta de regulación legislativa específica puede ser cuestionable, como puede ser cuestionable el exceso en la regulación. En cuanto a la regulación normativa de la etapa de ejecución en los contratos celebrados por el Estado, como dijimos, pocas son las normas, lo que obliga a una tarea interpretativa más profunda o compleja.

4.- MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATO DEL ESTADO. UBICACIÓN

Expresa Cajarville que "*A semejanza de la solución vigente en el derecho comparado, también en el derecho positivo uruguayo debe admitirse, aun en ausencia de norma expresa, la mutabilidad de los contratos celebrados por la Administración, cuando sus estipulaciones obsten al debido cumplimiento de sus cometidos conforme a derecho y principio de buena administración, en virtud de circunstancias supervenientes o conocidas posteriormente a la celebración del contrato, o en su caso a la presentación de las ofertas en el procedimiento competitivo previo, con la finalidad de posibilitar la satisfacción del interés publico perseguido al contratar*. " [3]

Puntualizamos que, cualquier afirmación que hagamos en esta materia no podría tener la expectativa de ser valedera –íntegramente– para todos los ordenamientos jurídicos, debido a que las soluciones que los derechos positivos de los diferentes países han dado a la existencia de los contratos de Derecho Administrativo o contratos del Estado, es bien diversa.

En países como Alemania, Gran Bretaña, Italia o Estados Unidos no se reconoce la figura de contrato administrativo. No obstante, con referencia a esta circunstancia expresa Ariño Ortiz que: "*En ellos, los contratos del Estado se declaran sujetos al Derecho común, civil o comercial, como cualesquiera otros negocios entre particulares. Pero ello no es nunca así; esto es sólo en teoría. En la práctica, los contratos del Estado en esos países están llenos de peculiaridades, de excep-*

3 Cajarville Peluffo, J.P - Sobre Derecho Administrativo - Tomo II - pág. 399

ciones al Derecho común, bien por la vía del clausulado contractual (que incorpora multitud de singularidades), bien por la proyección sobre el contrato de un conjunto de privilegios subjetivos que acompañan siempre al Estado y que le sitúan en una cierta posición de inmunidad frente al contratista". [4]

Por lo que venimos viendo ha sido, es y será muy debatido el tema que refiere a la modificación de los contratos que celebra el Estado. En muchos países, como España, por los avances normativos, los puntos de discusión son menores o, por lo menos, diferentes. En estos países se han dictado normas jurídicas que regulan el instituto, lo que permite soslayar algunos puntos de discusión que se producen en países como Uruguay donde, prácticamente, no existen normas específicas sobre la materia, lo que obliga al operador jurídico a buscar en el sistema jurídico, en especial en los Principios Generales, las reglas que rigen la cuestión.

Señala Cristina Vázquez que "… *se encuentra entre las potestades de la Administración, la de modificación unilateral del contrato durante la ejecución de la obra ("jus variandi"). Y mencionábamos como fundamento doctrinario para admitir tal potestad, el de que la Administración tiene la representación del interés público, en tanto que el contratista tiene, en el contrato, únicamente un interés económico, que debe subordinarse al interés de la colectividad.* Más adelante, siguiendo las enseñanzas del Prof. Rodolfo Carlos Barra, agrega dicha autora que se "… *observa que la Administración no sólo goza de "prerrogativas de poder público", sino que también está sometida a "cargas de poder público", en orden a respetar estrictamente la regla de la proporcionalidad. "Prerrogativas y garantías; garantías porque hay prerrogativas; prerrogativas porque está en juego el Bien Común. Es un régimen de Derecho Público, es la aplicación de la justicia distributiva*". [5]

5.- NORMAS APLICABLES. Teoría General del contrato

Ante tal orfandad de normas dentro del Derecho público, irremediablemente, el intérprete, cuando se enfrenta a tratar de determinar cuáles son las reglas que rigen el vínculo contractual de un contrato del Estado, luego de su perfeccionamiento, esto es, en la etapa de cumplimiento, dirija su mirada hacia la Ley civil, pues ahí sí hay normas sobre este tópico. Pero, a poco que se avance en esa dirección deberá revolverse un problema metodológico y estructural nada fácil de enfrentar, y es el de determinar la pertenencia de cada norma dentro de sistema jurídico general de los contratos, o de los respectivos subsistemas (público y privado).

Si te trata de ubicar, dentro de la Ley civil, normas aplicables a los contratos del Estado deberá diferenciarse, dentro de toda esa normativa, aquellas normas que corresponden a la teoría general del contrato, de las normas que corresponden, exclusivamente, a las reglas de los contratos entre los particulares. Las primeras, seguramente puedan tener un ámbito de aplicación en los contratos que participa el Estado, y muy difícilmente pueda tenerla, las segundas, pues en estas, los principios que son su origen o causa resultan inaplicables a cualquier actuación del Estado.

---

4 El enigma del contrato administrativo - Gaspar Ariño Ortiz - pág. 80

5 Cristina Vázquez "La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la administración" Revista de Derecho y Tribunales N° 30.-

Se trata, pues, de apreciar que existen diferentes realidades jurídicas que deben ser, y son, reguladas de manera diferente. Una parte de esa realidad es la de los contratos que celebran, entre sí, los sujetos de Derecho Privado; y otra es la realidad que involucra la actuación de las entidades estatales, dictando actos unilaterales o celebrando contratos. En la primera, esa realidad se integra con dos (o más) individuos regidos exclusivamente por el Derecho Privado, en el cual, el contrato no sólo es un instrumento negocial, sino también una manifestación de la libertad con la que se pueden manejar los sujetos de Derecho Privado en el Estado de Derecho. En estos casos, la actividad de los particulares es un fin en sí mismo, que el Estado regula para su protección, y sólo restringe muy excepcionalmente, cuando la protección de otros valores lo impone. En la actuación de las entidades estatales, ya sea dictando actos unilaterales o celebrando contratos, esta, siempre es un medio para uno o más fines. Fines que el ordenamiento jurídico impone de manera más o menos concreta (cometidos), y que siempre tienen un fin común en toda la actuación estatal, el cual es la satisfacción de "interés general".

Entonces, todo indica que la tarea del intérprete sería tratar de identificar, en primer lugar, cuáles son las reglas y principios pertenecientes a lo que podríamos denominar la Teoría General del contrato; reglas y principios que configuran el régimen jurídico de los contratos en general, independientemente de la naturaleza jurídica de las personas que participan de la contratación. En segundo lugar, identificar cuáles son las reglas y principios propios de los contratos entre particulares y por lo tanto no aplicables a la Administración. Y en tercer lugar, las reglas y principios de los contratos donde participa el Estado.

Puede haber casos en los cuales una norma contenida en la Ley civil pueda ser sólo parcialmente aplicable a los contratos que celebra el Estado, pues si bien su contenido dispositivo aplica, la eficacia material de la norma es parcialmente interferida por otra norma, por ejemplo una norma propia del Derecho público, referida a forma de actuación de una entidad estatal. La norma de Derecho público no implica desaplicación total de la norma contenida en la ley civil, pero para algunos casos su eficacia material se ve afectada, o modificada de alguna manera, por aquella, en los contratos de la Administración.

Para esa tarea de discriminación o identificación de regímenes normativos deberá analizarse, preceptivamente, el origen, causa y finalidad de la disposición normativa que refieren a los contratos, para determinar su pertenecía al sistema general de los contratos o su pertenencia a cada uno de los dos subsistemas.

Algunos autores, para negar los poderes jurídicos del Estado en materia de contratación, se fundan en el Código Civil. Y como de ese código no surge poder especial alguno, concluyen en la negativa de dichos poderes. Hay en esos autores un claro error metodológico y de interpretación del ordenamiento jurídico. Si se trata de ver si existe o no existe un poder del Estado, el lugar a buscar no puede ser el código civil, sino en las normas de derecho público, en primer lugar la contenidas en la Constitución de la República. Al mirar en lugar equivocado y prescindir del contexto normativo, especialmente al prescindir de las normas de la Constitución, arriban a conclusiones notoriamente erróneas.

Como dijimos, no parece adecuado al Principio de racionalidad pretender aplicar a los contratos del Estado normas dictadas para una realidad jurídica diferente, donde los posibles intereses en

juego son bien diferentes y, en especial donde los bienes jurídicos tutelados son, notoriamente, diferentes. No es el único, pero el elemento teleológico se muestra como sustancial, para distinguir adecuadamente la pertinencia normativa.

6.- PRINCIPIOS DE CADA SECTOR DEL ORDENAMIENTO. El principio de autonomía de la voluntad.

Puede decirse que en todos los Estado liberales, y en otros que no los son tanto, el contrato de Derecho Privado es un instrumento fundamental, no sólo de la base ideológica, sino también de la manifestación normativa de la libertad económica de los habitantes.

En nuestros países, el contrato de Derecho Privado –como instrumento para esa libertad económica– se erige sobre principios que le son propios, y no sólo propios sino también exclusivos, destinado a regular relaciones jurídicas entre personas cuya actividad se rige por el Principio de libertad. Uno de ellos ha sido el denominado Principio de autonomía de la libertad. Una mayoría importante de las disposiciones del Código Civil tienen como sustrato normativo ese principio. La causa y finalidad de muchas normas de la ley civil sobre los contrato ha sido disponer una regla concreta, que recoja y aplique ese principio.

Pero, a poco que se avance en el análisis del tema, se verá que ese principio no rige, no puede regir para la actividad del Estado, ya sea celebrando contratos o cualquier otra; precisamente, porque las entidades estatales se rigen por un principio que se muestra no sólo diferente sino como contrapuesto al Principio de autonomía de la libertad y es, ni más ni menos, que el Principio de legalidad.

Los órganos estatales, entre ellos los que actúan ejerciendo función administrativa, se rigen por una de las manifestaciones del Principio de Legalidad, el Principio de Especialidad. Todas las manifestaciones de voluntad de esos órganos están subordinadas a las reglas y principios del respectivo ordenamiento jurídico. Para las entidades estatales el principio no es la libertad, como lo es para los sujetos de Derecho Privado, sino el opuesto, el de especialidad.

Todas las manifestaciones de voluntad de las entidades estatales emitidas en referencia a los contratos, en cualquiera de sus etapas, incluida la precontractual, la del perfeccionamiento de contrato, la de su ejecución, la de su eventual modificación y su extinción, están regidas, entre otros principios y reglas, por el Principio de especialidad.

Cuando, en la celebración de los contratos del Estado, el jerarca que actúa en función administrativa, se enfrente a más de una opción legítima, y ello porque el respectivo ordenamiento así lo determine, será porque ejerce potestad discrecional, y no porque pueda actuar regido por el Principio de autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía de la voluntad es incompatible con la actuación de las entidades estatales. Hay, sustancialmente, una incompatibilidad de fines.

El principio de autonomía de la voluntad, como dijimos, tiene como finalidad ser unos de los instrumentos de la libertad, cualidad propia de los habitantes regidos por el Derecho Privado. Pero este principio es sólo uno, de los que pueden considerase como propios de la contratación

privada. Hemos señalado este principio pues parece el más claro de apreciar, en este propósito de señalar la diferencia de motivos y fines, de las normas contenidas en lo que denominamos la Ley civil, con los motivos y fines de la actuación de las entidades estatales, en todos los aspectos, entre ellos en el perfeccionamiento y ejecución de los contratos.

Que el Estado no actúe regido por el Principio de autonomía de la voluntad, tal como este principio aplica a la actuación de los contratantes de Derecho privado, no implica que la Administración no actúe con autonomía en referencia a su cocontratante. No implica, asimismo, que la parte cocontratante, persona de derecho privado, deje de actuar regido por ese principio. Ambos contratantes actúan con autonomía respecto al otro, pero mientras que el sujeto de Derecho privado cuenta con un poder normativo negocial que implica que puede hacer todo lo que no esté impedido o limitado por regla de Derecho, la Administración sólo puede hacer lo que el ordenamiento le permite. Para lo cual, sólo podrá actuar en el marco de las atribuciones específicamente atribuidas por el ordenamiento jurídico, esto es, sólo podrá actuar dentro de "su" materia; y para ello cuenta con los respectivos poderes jurídicos, los poderes especialmente establecidos y, además, todos aquellos que resulten necesarios para el cumplimientos de sus deberes jurídicos, estos son sus cometidos, ni más ni menos que los poderes que razonablemente sean necesarios para ese fin, aunque no estén especificados.

Entonces, precisando los conceptos, no se trata que el principio de autonomía de la voluntad no aplique a los contratos donde participa del Estado; el particular actúa bajo ese principio, y el Estado actúa con una voluntad, que si bien es autónoma de la de su contraparte, en su formación la regla que la rige no es la libertad sino el de la restricción, derivada del principio de legalidad. Esto implica que la fuerza vinculante de los contratos donde participa el Estado tenga efectos diferentes cuando una de las partes es el Estado.

Todas las normas contenidas en la ley civil, que son la recepción –o tienen su fundamento– en el Principio de autonomía de la voluntad, aplicables en los contratos entre particulares, o no son aplicables, o aplican de manera diferente, en los contratos del Estado.

También dentro del subsistema normativo de los contratos de Derecho Privado, esto es, las normas dictadas para regular los vínculos jurídicos entre particulares, coexisten infinidad de normas que son excepción al Principio de autonomía de la voluntad. En el mismo ordenamiento jurídico, las normas que recogen ese principio deben articularse con otras reglas, ya sean de normas legales o de Principios de Derecho, que limitan o condicionan la voluntad de las partes. Este fenómeno normativa se presenta, tanto en la etapa de formación del contrato, como en la de su ejecución. Por ejemplo, alguna normas sobre contratos, contenidas en el Código civil, vigentes hoy, tienen su eficacia material interferida por las normas que regulan la relaciones de consumo; pero esa interferencia normativa se produce sólo en los contratos que queden comprendidos en ese tipo de relaciones jurídicas.

7.- CONTRATO DE DERECHO PRIVADO – CONTRATO DE DERECHO PÚBLICO

Desde la vigencia del Estados social de Derecho asistimos a lo que podemos denominar, una creciente publificación de los contratos de Derecho Privado. La existencia de otros valores cons-

titucionalmente reconocidos, que conviven con los propios de ese tipo de contratos, esto es, los impuestos por el liberalismo económico, ha determinado, desde hace mucho tiempo, limitaciones y condicionamientos a la voluntad de las partes, para todas las etapas del contrato.

El denominado "dirigismo contractual", existente ya en las codificaciones del siglo XIX, aunque de manera muy limitada y apenas tenue, cobró mayor impulso en los desarrollos normativos del siglo XX, en la medida que otros derecho fundamentales se iban sumando a los clásicos derechos, listados luego de la Revolución francesa. En la medida que esos derecho se iban constitucionalizado, iban obligando al legislador, al juez y al mero intérprete a balancear aquellos viejos derecho fundamentales, como la libertad negocial y la propiedad privada, con otros nuevos derechos, reconocidos, también, como derecho humanos. La primacía de la libertad para los negocios, origen y causa del Principio de autonomía de la voluntad, comenzó a tener excepciones en tal medida, que es dable preguntarse si la autonomía de la voluntad sigue siendo un principio, aun en el Derecho Privado.

Estos cambios estructurales y fundamentales en la regulaciones legislativas de los contratos llevó, hace ya muchas décadas, a autores como BERÇAITZ a sostener que el contrato "…*deja de ser el resultado del libre juego de dos voluntades autónomas, para convertirse en una operación dirigida por los poderes públicos, representados por el poder administrador y por el juez, a quienes el legislador entrega el control de la forma en que el contrato se concierta, se va cumpliendo y se finiquita*" [6]

Siguiendo en el ámbito de los contratos de Derecho privado, las reglas originadas en los desarrollos de la normativa contractual del siglo XIX, acuñados en la forja del liberalismo económico y el individualismo fundamentalista, comienzan a convivir, en los desarrollos normativos del Siglo XX, con otros valores y principios. Las originarias normas generales sobre los contratos, expresiones concretas del Principio de la autonomía de la voluntad, pasan a convivir con otras normas cuyos bienes jurídicos tutelados, son otros, donde el interés colectivo adquiere otra relevancia.

La protección de situaciones jurídicas concretas ha tenido tal desarrollo que el mentado principio ha quedado bastante castigado. La protección de los derechos del trabajador, la protección de algunas situaciones en el entorno de los arrendamientos de inmuebles, y más recientemente, la protección de las relaciones de consumo, entre muchas otras, han tenido como motivo y finalidad, no solo protección de los derechos de los trabajadores, o de los arrendatarios o de los consumidores, sino también, la protección de sistemas económicos, sociales y jurídicos, en notas de equilibrio, para la convivencia sana y pacífica, en definitiva la protección del "interés general", concretado en situaciones puntuales. Todo esto, exclusivamente, dentro del Derecho privado. Todo esto, exclusivamente, para los contratos entre particulares.

Muchas de las normas jurídicas contenidas en el Código Civil, redactadas por Tristán Narvaja en el siglo XIX, han cambiado. En algunos casos cambió su texto, en otros, la norma pervive, pero las supervinientes normas legales han modificado la eficacia material de las normas del código. En los casos que una nueva norma legal regula un mismo asunto y la oposición normativa no es total,

---

6 BERÇAITZ, Miguel A. - Teoría General de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, 1980, - págs. 32 y 41. Citado también por Cristina Vázquez en "La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la administración"

esto es, no hay una antinomia absoluta, la norma anterior no ha quedado derogada, pero se ha modificado su eficacia material, lo que obliga al intérprete a la respectiva armonización.

Por lo tanto, ni para los contratos de Derecho Privado, las reglas del Código Civil redactadas en siglo XIX, siguen siendo las mismas, hoy.

Con el ejemplo que ya manejamos, el dictado de normas tendientes a la protección de los derechos de los consumidores ha traído, como consecuencia, que la voluntad de la partes se vea muy condicionada por disposiciones, que si bien surgen de la ley, se terminan incorporando a las reglas del contrato. Por lo tanto, la incidencia de normas legales y principio que inciden en el sinalagma genético del contrato, y que no surgen, estrictamente, de la voluntad de las partes, ya sea en la etapa precontractual como en la ejecución del contrato, no es una característica exclusiva de los contratos que celebra el Estado.

También en la etapa del sinalagma funcional, tanto en los contratos del Estado como en los contratos de Derecho privado con protecciones especiales (como es el caso de las relaciones de consumo) las normas legales y principios, pueden incidir en la determinación de los derechos y deberes emergentes del vínculo contractual.

Lo dicho hasta aquí ha tenido como propósito poner sobre el papel lo que parece ser el contexto sobre el cual pretendemos ubicar el objeto del estudio, esto es, el contrato como instituto, y en su contexto, los contratos del Estado como sub categoría de la Teoría general del contrato. Intentaremos, luego, "afinar" la ubicación del tema en estudio, viendo los poderes jurídicos con que actúa el Estado y cómo incide esto en los contratos que celebre cualquier entidad estatal, cuáles son las reglas que rigen esa actividad, especialmente en la etapa de ejecución de los contratos, y cuál es el régimen jurídico de las modificaciones del contrato celebrado por el Estado.

8.- CONTRATOS DEL ESTADO. EFICACIA VINCULANTE.

En la Teoría General del contrato es regla fundamental la eficacia vinculante del contrato. Todo contrato es, cualquiera sea la naturaleza de las personas que son parte del mismo, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, y esas obligaciones son recíprocas.

Señala Cajarville que son principios generales de la contratación, *"…el de que el contrato es "ley entre las partes" y el de que los contratos no sólo deben celebrarse, sino también cumplirse de buena fe*".

Todo contrato vincula imperativamente a las partes del mismo. El efecto común de todo contrato es su obligatoriedad. El contrato no sólo regula intereses, en su cumplimiento despliega la forma como esos intereses se articulan.

A esto es lo que la doctrina ha denominado fuerza vinculante de los contratos. Esta regla, identificada como principio de los contratos, surge de la estructura misma del instituto, diseñada para los contratos de Derecho privado del respectivo Titulo del Código Civil. Pero además, el codificador uruguayo, siguiendo los antecedentes que venían del código francés y del argentino, agregó un artículo que enfatiza tal principio. En efecto, el artículo 1291 del referido Código establece: "*los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la*

ley misma." Este principio ha sido históricamente el elemento común de los contratos; a tal punto eso es así que Messineo señala que el mismo ya integraba los postulados cardinales del Derecho Romano. [7]

Tanto la doctrina de Derecho público como la de Derecho privado sostienen que con esa disposición no se está asimilando el contrato a ley, sino que lo que se expresa, y reitera, es la mencionada imperatividad del acuerdo de voluntad, asimilable a la ley, pero que no implica que la eficacia formal de la ley y del contrato, sea la misma.

Todas las normas jurídicas, no sólo las que regulan los contratos, deben ser interpretadas en su contexto y en atención al fin de la disposición. Prescindir de estas reglas de interpretación es desconocer que el ordenamiento jurídico funciona como "sistema". Por lo tanto, ninguna norma puede ser interpretada aisladamente; además, no es legítimo, para esa tarea interpretativa, prescindir del fin –en sentido teleológico– de la disposición, o del conjunto de las disposiciones que regulan un determinado fenómeno social o económico, pero que, para el operador del Derecho se presenta como fenómeno jurídico. Como todas las normas del ordenamiento jurídico, la regla contenida en el artículo 1291 del código civil uruguayo, debe, en todos los casos, interpretarse en su contexto.

Para los contratos entre particulares el contexto será el resto de las normas y principios de la denominada ley civil, incluidas las que correspondan a la Teoría general del contrato. Para los contratos del Estado serán todas las normas y principios de la Teoría general del contrato y, simultáneamente, todas las normas y principios que regulan la actuación del Estado, que son normas y principios de derecho público.

Si, erróneamente, se ubica a los contratos del Estado como un anexo o subespecie de los contratos de Derecho privado, todas las conclusiones serán, inevitablemente, erróneas; por partir, precisamente, de un error. Eso le suele ocurrir a los autores que, primero colocan a los contratos del Estado dentro de las normas del código civil y luego concluyen que ahí no hay poderes diferentes para los contratos del Estado. Como vimos, los poderes del Estado en materia de contratación no están, no podrían estar, dentro del código civil, sino en las normas de derecho público, en primer lugar en la Constitución, estas normas son las que dichos autores nunca mencionan. Y, como parten de una premisa errónea, la conclusión será, inevitablemente, errónea.

De lo que venimos diciendo surge que, la expresión "legalmente celebrados", contenida en el artículo 1291 de Código Civil, aplica de manera diferente, o mejor dicho tendrá diferente contenido, en los contratos donde participa el Estado, de aquellos en los que el Estado no es parte.

Los parámetros legales para la celebración de contratos son diferentes para el Estado que para los particulares, pues el poder normativo negocial de unos y otros, es diferente. Para el particular, el contrato estará legalmente celebrado, cuando el negocio jurídico sea válido porque el mismo no ha actuado excediendo los límites fijados a la autonomía privada. Para el Estado, el contrato estará legalmente celebrado cuando su validez sea consecuencia de una actuación dentro de los límites normativos fijados, fundamentalmente, en las normas atributivas de competencia, bajo las reglas del principio de legalidad.

---

7 Citado por Gamarra, Jorge - Tratado de Derecho Civil uruguayo - tomo XIV - pág. 210

Luego, en uno y otro caso, si el contrato está legamente celebrado, el contrato vincula imperativamente a las partes y despliega todos sus efectos obligacionales, esto es, tendrá la fuerza vinculante del contrato, tanto cuando los contratantes son sujetos de Derecho Privado, como si alguno de ellos es un sujeto de Derecho Público.

Pero esa fuerza vinculante actúa de manera diferente cuando la parte en el contrato es el Estado, pues para cumplir sus cometidos y satisfacer el interés general, el Estado cuenta, por las normas atributivas de competencia (en primer lugar, las normas constitucionales), con prerrogativas –o poderes jurídicos– con las que no cuentan los sujetos de Derecho Privado. Como ya dijimos, en cada caso, el ordenamiento, que debe ser contextualmente interpretado, regula y otorga poderes en atención a los intereses en juego, a los fines de esos intereses, a los cometidos impuestos por el ordenamiento. La diferenciación de esos poderes tiene su origen en la diferente valoración que el constituyente y el legislador (en ese orden) han realizado, tanto de los fines, como de los intereses protegidos, como de los cometidos.

Cuando el Estado contrata con un particular no pierde los poderes jurídicos de que está investido por la Constitución y la Ley. Son las prerrogativas de poder público propias de toda la actuación del Estado, que algunos autores denominan prorrogativas exorbitantes, pero que en realidad no exorbitan nada; son los diferentes poderes que el ordenamiento otorga en uno y otro caso, en atención a los fines que cada uno debe cumplir. Negar la existencia de esas prerrogativas, debería pasar por demostrar que, para la celebración y ejecución de los contratos, el ordenamiento constitucional ha despojado al Estado de los poderes jurídicos que son parte inescindible de su competencia. Subrayamos, competencia conferida, fundamentalmente, por el orden constitucional.

Sobre este punto se pregunta Ariño Ortiz "*¿es realmente posible ese desdoblamiento de la personalidad jurídica del Estado (o del Príncipe) de modo que éste se despoje de su poder cuando contrata?"* y contesta el autor*: "La experiencia nos dice que ello nunca ha sido así, aunque los juristas lo hayamos predicado una y otra vez"* [8].

De aquí que, en la esfera de los contratos, el poder normativo negocial del Estado sea diferente al poder normativo negocial de que gozan los particulares. Aun en este último caso, no todos los sujetos de derecho privado gozan de los mismos poderes negociales, pues si bien, como señalamos, el principio de su actuación es la libertad, en casos determinados el ordenamiento condiciona, limita y restringe esos poderes, en atención a otros fines y en función de otros bienes jurídicos tutelados.

9.- EFICACIA VINCULANTE Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Los autores que niegan el poder normativo de la Administración para modificar el contrato, suelen fundar tal negativa en lo dispuesto en el artículo 1291 del Código civil y en el 209 del Código de comercio. Como vimos, tales normas refieren a la eficacia vinculante de los contratos. Estas normas, si bien aplican de manera diferente en los contratos de Derecho privado y en los de Derecho público, sin lugar a dudas están reafirmando, para ambos tipo, la eficacia vinculante del

8 El enigma del contrato administrativo - Gaspar Ariño Ortiz - pág. 81

contrato. Pero, tal extremo nada informa sobre los poderes jurídicos del Estado para modificar los contratos.

Esto poderes jurídicos, como también vimos, no surgen (y lógicamente no podría surgir) del Código Civil, sino de las normas constitucionales y legales y Principio Generales de Derecho que regulan la actuación de las entidades estatales. Normas que no quedan, ni derogadas, ni excepcionadas, por el hecho que los contratos tengan fuerza vinculante. Señala Cajarville que *"… la indiscutible eficacia vinculante de los contratos no resuelve por sí sobre la posibilidad de su modificación, que depende de otras reglas de derecho"*. [9]

Todos los contratos que celebra el Estado tienen eficacia vinculante, pues ello es consecuencia natural del efecto obligacional. Tratar de entender la eficacia vinculante de los contratos que celebra el Estado, y el contenido obligacional para ambas partes del contrato, aplicando para ambos contratantes el Principio de autonomía de la voluntad, nos conducirá a conclusiones lógicamente erradas.

Que en esos contratos, las partes tengan diferentes poderes normativos negociales, no le quita al contrato su contenido obligacional y por lo tanto no elimina su eficacia vinculante. De igual manera, la eficacia vinculante de los contratos que celebra el Estado no supone que el poder normativo sea el mismo para ambas partes. Dijimos ya que el Estado no pierde los poderes normativos – incluidos los que tiene su fuente en normas constitucionales – por el hecho de celebrar contratos con sujetos de derecho privado.

10.- POTESTAD DE MODIFICAR EL CONTRATO. PODER IMPLÍCITO

Puede decirse que el principal objetivo del Estado es la satisfacción de interés general, el cual se concreta mediante los "cometidos" específicos que el ordenamiento jurídico le fija a cada entidad estatal. De las atribuciones (deberes jurídicos) a cargo del Estado surgen los respectivos poderes necesarios para el cumplimiento de esos deberes. Así las cosas, hay una conclusión inevitable, los poderes jurídicos del Estado no pueden ser los mismos que los que tienen los particulares. Sostener que en cualquier circunstancia –incluida la celebración y ejecución de los contratos– los poderes jurídicos de una entidad estatal son los mismos que los que tienen los particulares no tiene fundamento jurídico, ni lógico.

Será imposible entender los poderes jurídicos del Estado en la contratación, tomando como fuente de los mismos, los poderes jurídicos de los particulares. Esto aplica a todos los poderes jurídicos de la Administración para la celebración y ejecución de los contratos, incluido en la eventual modificación del contrato. Señala Cajarville que "*la doctrina incluye generalmente entre las llamadas prerrogativas de la administración contratante, la de modificar los contratos que ha celebrado, mediando razones de interés público*." [10]

"Poderes jurídicos" es un elemento de la competencia del órgano. Las atribuciones, que es otro de los elementos de la competencia, no podrían cumplirse si simultáneamente, el ordenamiento

9 Cajarville, Juan Pablo - obra citada pág. 373
10 Cajarville Peluffo, J.P - sobre Derecho Administrativo Tomo II - pág. 370

jurídico, a través de las norma y principios propios de la competencia, no otorgará al órgano los poderes jurídicos para actuar.

Por supuesto que cualquier ordenamiento jurídico puede regular los poderes del Estado para modificar los contratos que haya celebrado. Pero ello no implica que, si el ordenamiento no lo ha regulado, tal poder no existe.

Los poderes jurídicos de que están investido tanto las personas del Derecho público como de Derecho privado, pueden ser regulados, condicionados o limitados por ley. Lo que no puede la Ley –legítimamente– es, limitar, restringir o eliminar los poderes jurídicos normativos otorgados por la Constitución a los diferentes órganos estatales. Las normas del Código civil no pueden –legítimamente– derogar, excepcionar o desaplicar las normas constitucionales.

Algunos autores, partiendo del Principio de especialidad, han llegado a la conclusión que el Estado sólo puede modificar los contratos si hay previsión expresa en el ordenamiento o en el contrato. Hay en ello un error conceptual. Modificar los contratos no es una atribución más, que eventualmente integre la competencia del órgano o de la persona jurídica. No es una materia más, ni siquiera es parte de una materia. La potestad de modificar los contratos es, precisamente, y aunque parezca reiterativo, un poder jurídico que integra la competencia del órgano. Es de pacífica aceptación, en la unanimidad de la doctrina, que los poderes jurídicos que son parte de la competencia del órgano, son eso, precisamente, potestades, que, como vimos, son los instrumentos para que el órgano cumpla con las atribuciones, que son también parte de su competencia.

Esos poderes jurídicos son, no sólo los enunciados expresamente en las normas atributivas de competencia, sino que son, también, aunque no estén explicitados, todos los poderes necesarios para que el órgano o la persona jurídica pueda cumplir con sus atribuciones. A esto último es lo que la doctrina denomina "Teoría de los poderes implícitos". Las atribuciones son tareas que el órgano competente debe cumplir. Si el ordenamiento no le diera al órgano competente, al que le impone cumplir determinadas tareas y fines, todos esos poderes jurídicos, los explícitos y los implícitos, mal podría el órgano cumplir sus deberes.

Mediante la aplicación de la Teoría de los poderes implícitos no es legítimo que el órgano pretenda ampliar su competencia, la fijada en las normas atributivas de competencia, agregado atribuciones no incluidas en su "materia. Por aplicación del Principio de especialidad el órgano no puede "agregarse" atribuciones no incluidas en las referidas normas atributivas de competencia.

Sostener que la modificación del contrato sólo es posible cuando hay previsión expresa para ello, pasa, irremediablemente por confundir, dentro de la competencia del órgano, atribuciones con los poderes jurídicos, los que claramente son dos elementos diferentes de la competencia. Enseña Cajarville "*La potestad de modificar un contrato, conforme al "principio de los poderes implícitos", deberá en conclusión reconocerse al órgano contratante aun a falta de texto expreso cuando, por motivos supervinientes que serán los que justifiquen el ejercicio de tal potestad, sus términos impidan a la Administración cumplir conforme a derecho y criterios de buena administración el cometido para el cual aquel se celebró"*. [11]

---

11 Cajarville - obra citada - pág. 375

Por supuesto que aun siendo ese poder jurídico de principio, nada impide que un ordenamiento jurídico lo regule. Pero, la regulación de los poderes jurídicos normativos otorgados por la Constitución a las entidades estatales sólo serán regulables por Ley, al sólo efecto de ordenar y facilitar la utilización de esos poderes. Reiteramos, la ley no podría, legítimamente, restringir, limitar o eliminar los poderes jurídicos conferidos por la Constitución a los órganos del Estado; ya sea los poderes explicitados en el texto constitucional, como los implícitos, esto es, los poderes que sean necesarios para cumplir con las atribuciones propias de la competencia constitucional de cada órgano.

Entre esos poderes están incluidos los poderes normativos. Para todos los casos habrá que tener en cuenta que si el texto de una norma legal admite dos interpretaciones, una que no violenta norma o principio constitucional alguno, y otra interpretación que sí se contrapone con el dispositivo constitucional, la norma no es inconstitucional, sólo admite la primera interpretación y queda excluida la segunda.

En Uruguay, también como posible impedimento del poder de la Administración para modificar sus contratos, se ha señalado lo dispuesto en el literal a) del artículo 23 del Decreto – Ley N° 15.524, el cual establece que, entre otras, las normas contractuales son regla de derecho. Que una norma sea regla de derecho nada informa sobre si puede o no ser modificada. Tampoco nada agrega sobre el régimen jurídico de la eventual modificación. Todas las normas citadas en el referido artículo son regla de derecho, y todas son modificables. Cada una tendrá un régimen jurídico diferente para su modificación. El Estado no puede vulnerar una regla de derecho, pero cumpliendo con todos los requisitos formales y sustanciales, puede modificarla. Sobre el punto, señala Cajarville que "*la eficacia vinculante de esas reglas de derecho no obstan a su modificación, y ésta no es cuestión que resuelva la mentada disposición legal*".

Señala Cristina Vázquez *"Ningún otro sujeto con el que el contratista pueda enfrentarse ostentará estas cualidades y potestades. En puridad, las personas jurídicas estatales no son más que las formas institucionales empleadas por el ordenamiento para actuar como titulares de derechos y obligaciones o, en términos kelsenianos, centros de imputación normativa".* [12]

11.- LOS MOTIVOS DE LA MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO

Planteado que la posibilidad de introducir modificaciones a los contratos del Estado surge de los poderes jurídicos propios de la Administración, la cuestión pasa a ser analizada dentro de los conceptos que rige la teoría de los actos administrativos.

En efecto, que una entidad estatal tenga la competencia para resolver en determinado asunto, como dijimos, no implica que el respectivo jerarca pueda hacer lo que quiera. Sin lugar a dudas, si comparamos la actuación del contratante privado y la del público, éste actúa siempre más limitado. No corresponde a este trabajo hacer un desarrollo completo de la teoría del acto administrativo y específicamente los parámetros conceptuales en lo que debe manejarse la validez o

12 Cristina Vázquez "La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la administración" Revista de Derecho y Tribunales N° 30.-

invalidez de la actuación de la Administración cuando emite actos unilaterales. Nos remitimos a las enseñanzas del Profesor Juan Pablo Cajarville, y partimos de las mismas para intentar precisar esos conceptos al caso que nos ocupa.

En todos los casos que la Administración se proponga introducir una modificación a un contrato que ya haya celebrado, estará ejerciendo función administrativa y lo que eventualmente resuelva se hará mediante la emisión de un acto administrativo. Por lo tanto, la legitimidad de la actuación de la Administración deberá medirse por la legitimidad del respectivo acto. Aunque la Administración no llegue a dictar el acto que dispone la modificación del contrato, el análisis de la legitimidad de un proyecto en ese sentido, permitirá a la entidad estatal ubicar la solución jurídicamente correcta, la ajustada a Derecho.

Siguiendo las explicaciones de Cajarville, el primer aspecto a analizar deberá ser el motivo del acto, esto es, las circunstancias de hecho, que operan como supuestos de hecho del dictado del acto. Esos hechos se presentan como una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración, objetivamente. Así entonces, el ejercicio concreto del poder de dictar el acto aparecerá como la consecuencia jurídica. Como consecuencia, en la apreciación de la existencia o inexistencia de los hechos, así como la valoración jurídica de los mismos, la Administración no tiene discrecionalidad. Si el hecho invocado por la Administración no existe, estaremos ante la inexistencia de motivos. Si esos hechos no caben en el supuesto de la norma atributiva de competencia, el acto estará viciado por ilegitimidad de los motivos.

Se requiere, no sólo que el o los hechos existan y que la Administración lo califique correctamente, además, su contenido debe ser razonablemente adecuado al supuesto de hecho de la mencionada norma atributiva de competencia. Para mantener la hipótesis de legitimidad se requiere, además, que exista proporcionalidad entre el referido supuesto de hecho y el contenido dispositivo del acto.

A estos requisitos o condicionantes de la legitimidad de todo acto administrativo, se agrega, en el caso de la modificación de un contrato de Estado, otro requisito, ese hecho que opera como motivo, debe ser posterior en el tiempo al perfeccionamiento del contrato o si fuera con un procedimiento competitivo, por lo menos posterior a la presentación de la ofertas.

Tales hechos, que actúan como motivo fundante pueden ser de muy diversa naturaleza, modificaciones de condiciones técnicas relevantes, modificaciones del régimen jurídico de la actividad.

Caso a caso, habrá que ver los motivos y su legitimidad. Un aspecto común para todos los casos que la Administración dicta un acto administrativo que dispone una modificación del contrato, en particular cuando la modificación se produce por común acuerdo de partes o por requerimiento del contratista, es condición “sine qua non” que esos hechos no se hayan tenido en cuenta en el perfeccionamiento del contrato. Se requiere la nota simultánea de imprevista e imprevisible; esto es, que se trate de hechos que al momento de la celebración del contrato no existían y su acaecimiento fuera razonablemente imprevisible. Un hecho, aunque posterior a la celebración, no previsto, pero razonablemente previsible, difícilmente pueda ser motivo legítimo de la modificación. Todo contrato es una razonable previsión de riesgos; el acaecimiento de algún hecho razonablemente previsible difícilmente pueda fundar legítimamente la modificación de un contrato.

Veremos más adelante algunos aspectos más sobre el motivo para modificar el contrato, viendo los diferentes tipos de posibles modificaciones.

12.- LOS FINES DEBIDOS DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Al diagnóstico de legitimidad del acto, además de la existencia, licitud y racionalidad de los motivos que vimos en el numeral anterior, se debe agregar la consideración sobre los fines de la actividad.

A la consideración sobre los fines debidos por la Administración en la modificación de un contrato, aplican las mismas reglas sobre los fines debido de toda la actividad del Estado, en particular la de la actividad administrativa.

En toda actividad administrativa podrá identificarse un fin debido. Ese fin debido surge, habitualmente, de las normas atributivas de competencia, pero pueden surgir de otras reglas de derecho del mismo ordenamiento, incluidos los Principio generales, y puede estar más o menos explicitado en esas normas.

El deber del órgano administrativo será, siempre, cumplir los "cometidos", para los fines que el ordenamiento le ha impuesto. Por tal motivo decíamos que los actos jurídicos de esa actividad, ya sea actos administrativos o contratos, siempre serán un medio que el órgano utiliza para lograr el fin que se propone.

La discordancia entre el fin debido y el fin efectivamente querido por el agente es lo que tipifica la "deviación de poder", a la que alude el artículo 309 de la Constitución de la República. Además, señala Cajarville, es preciso *"…analizar la idoneidad de su contenido dispositivo para logra el fin debido impuesto normativamente*". "*La actividad administrativa, en cuanto medio para la obtención de un fin, debe ser apta o idónea para obtenerlo y esta es una cuestión de legitimidad y no de mérito, porque la vinculación de Administración al fin debido también es cuestión de legitimidad y no de mera buena administración*". [13]

Cuando la Administración dicta un acto por el cual se forma o integra la voluntad del Estado para celebrar un determinado contrato, lo hace emitiendo un acto administrativo, en ese caso la Administración unilateralmente perfecciona un acto administrativo; luego esa voluntad se juntará con la voluntad de la otra parte, y si se precede de acuerdo a Derecho, se perfeccionará el contrato, acto jurídico bilateral.

Cuando la Administración, por acuerdo de partes (por iniciativa propia o del cocontratante), y en ambos casos en función de las necesidades públicas, pretenda modificar un contrato, lo hará también perfeccionando y emitiendo un acto administrativo, que será la voluntad del Estado, que al juntarse luego con la voluntad de la otra parte, perfeccionará la modificación del contrato, acto jurídico bilateral. En esos actos administrativos unilaterales (el que resuelve celebrar un contrato y el que resuelve su modificación) deberá analizarse el fin querido, de manera tal que el mismo coincida con el fin debido impuesto por el ordenamiento.

---

13 Cajarville, J.P. -obra citada - pág. 379

Cuando se trate de modificar un contrato, además, el fin debido de respectivo acto tendrá que ser el mismo que el fin debido de acto que dispuso la celebración del contrato, pues la satisfacción del interés público concreto, en ambos actos, deberá coincidir. Este aspecto, que refiere a la manera de satisfacer e interés público concreto, tanto en el acto que dispone la celebración del contrato, como la manera de satisfacer ese mismo interés en el acto que dispone la modificación del contrato, y, además, la imprescindible coherencia entre ambas, deberá ser de especial atención cuando la modificación contractual se produzca por la iniciativa de la propia Administración, pero será mucho más relevante cuando la iniciativa de modificación del contrato provenga de la otra parte, de manera que la actuación administrativa no se traduzca en la sola finalidad de beneficiar o satisfacer el interés de cocontratante y tenga como efecto perjudicar la posición de la Administración.

La potestad de modificar los contratos, como toda potestad de la Administración, está sujeta a los límites generales que venimos viendo, y estará sujeta, también, a los límites particulares que surjan en cada caso, en función de cada situación contractual y atención a la manera como se concreta la existencia de los motivos y fines legítimos de la actuación administrativa, y a la adecuación e idoneidad de esos motivos y fines.

La actividad comprometida incluirá siempre el ejercicio de potestad discrecional, por lo que, el detalle preciso de todos los extremos que razonablemente justifican la modificación, incluidos los aspectos de hecho, los motivos y los fines, será, siempre imprescindible. Esto se debe a que si bien la motivación de los actos puede percibirse como una cuestión formal, cuando se trata del ejercicio de potestad discrecional la motivación del acto tiene carácter sustantivo; pues, mediante la motivación, la Administración podrá exteriorizar todos los aspectos de su actuación que determinan la legitimidad del acto. Esa necesaria exteriorización, impuesta por regla de derecho, será, además, elemento imprescindible para que los órganos encargados del control, tanto los administrativos como los jurisdiccionales, puedan conocer los fundamentos que configuran la legitimidad del acto.

13.- CAUSAS PARA LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

El tema del título, lo nominamos como causa, al sólo efecto de señala que, en la perspectiva que toma el análisis, no tiene por qué haber siempre coincidencia con el motivo del acto administrativo que dispone la modificación. Lo que refiere a los motivos del acto ya fue analizado; a este punto, algunos autores como Cajarville, le denomina modos de la modificación contractual.

13.1. Modificación de pleno Derecho.

No ingresaremos aquí al detalle de estos casos. Al propósito de este trabajo, baste señalar que en algunos cosos los cambios en los contratos del Estado, como puede pasar con los contratos entre particulares, se producen de pleno Derecho y ello puede operar tanto cuando el mismo contrato tiene una previsión en ese sentido, como cuando alguna norma legal lo dispone. En estos casos, no tiene por qué haber acto administrativo que disponga la modificación. Podrá haber un acto que constate la situación de hecho y de Derecho para que opere la modificación. El cumplimiento de los requisitos que refieren al motivo y fin de la actividad administrativa ya tendría que constar en las normas que imponen la modificación de pleno derecho.

También puede ocurrir una modificación de pleno derecho cuando se presenta un evento de fuerza mayor. Si la fuerza mayor afecta el cumplimiento de una de las obligaciones sinalagmáticas (las principales del contrato) puede llegar a extinguir la obligación; si no es así, las partes podrían acordar una modificación del contrato, adecuando las prestaciones a la nueva situación. Si operó una situación de fuerza mayor, la permanencia del contrato sólo es posible por nuevo acuerdo de partes. En este caso también, para formar la voluntad del Estado, serán aplicables todas las reglas sobre motivos y fines que venimos viendo. Por aplicación de los Principios generales, si las partes se ponen de acuerdo sobre que la situación configura un caso de fuerza mayor, y cómo adecuar las prestaciones del contrato, habrá un acto administrativo que formará la voluntad de la Administración para ese acuerdo; a este acto se aplicarán todas la reglas mencionadas, a efectos de diagnosticar su legitimidad.

13.2. Modificación por decisión jurisdiccional

También en los contratos del Estado puede ocurrir que la modificación tenga su causa en lo que dispone un sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Puede ocurrir que si bien la modificación no ha operado o mejor dicho no puede operar de pleno Derecho, existía una regla de Derecho que impone la modificación la cual no es consentida por una de la partes. Planteado el litigio podrá el juez disponer la modificación, que surja como aplicación de las normas vigentes. La solución, si bien posible es notoriamente excepcional. Al juez le corresponde decir el derecho y hacer ejecutar lo juzgado, no más. Por lo tanto, para que pueda haber una sentencia que disponga una modificación en un contrato debería haber una Regla de derecho que la fundamente y la haga jurídicamente obligatoria. En este caso tampoco tiene por qué haber un acto administrativo. Podría haberlo, si el cumplimiento de la sentencia requiere el dictado de algún acto que implique su acatamiento. También la adecuación de motivos y fines de la modificación deberían surgir de las normas aplicadas por el fallo, que llevaron a una resolución jurisdiccional que dispone modificar el contrato.

13.3. Modificación por decisión unilateral de la Administración

Este tipo de modificaciones se produce cuando la Administración dicta un acto administrativo que tenga un contenido dispositivo modificatorio del contrato. Los efectos del acto y las posibles impugnaciones contra el mismo, siguen todas las reglas que aplican a los actos administrativos. En principio, el acto debe haberse perfeccionado, esto quiere decir que debe reunir todos los presupuestos y elementos para que el acto administrativo exista. Luego, si el acto tuviese alguna irregularidad en sus presupuestos o elementos, el cocontratante podrá impugnarlo presentando los respectivos recursos administrativos y, agotada la vía administrativa, demandar su anulación ante el Tribunal de la Contencioso Administrativo.

Podrá, por otras vías procesales, en principio no compatibles con las que venimos de exponer, demandar ante la justicia competente en materia hacienda, el cumplimiento del contrato, o la recisión, y en este último caso, demandar, además la reparación de eventuales perjuicios. Por aplicación del principio recogido en el artículo 1341 del Código Civil, si pide el cumplimiento del contrato solo puede pedir la reparación de los perjuicios originados en la mora; para pedir la reparación de otros daños o perjuicios deberá demandar, y obtener la rescisión.

Para determinar la legitimidad de ese acto administrativo, aplican todas las consideraciones que hemos realizado en este trabajo, señalamos, en particular, lo expresado en cuanto la adecuación de los motivos y fines del acto, a los dispuesto en el ordenamiento jurídico. Reiteramos la importancia que en el punto tiene la motivación del acto. Por razones sustanciales y no meramente formales, es imprescindible que la Administración exprese, concreta y detalladamente, los motivos y la finalidad del acto que dicta. En todos los casos, pero en particular cuando la Administración ejerce potestad discrecional, no fundamentan adecuadamente el acto, expresiones abstractas o genéricas, por lo general vacías de contenido. La Administración debe explicar de qué manera y por qué aplican al caso concreto las consideraciones generales que legitiman el dictado del acto.

13.4. Modificación por iniciativa del cocontratante y acuerdo de partes.

La modificación por acuerdo de parte es la hipótesis de modificación de los contratos que tiene las mayores diferencias los contratos del Estado con los contratos entre sujetos de derecho privado. Estos últimos podrán modificar los contratos que hayan celebrado, sin más restricciones que la ley civil impone al principio de autonomía de la voluntad. La Administración, por el contrario, tiene todas las restricciones que venimos viendo.

Tanto en el caso anterior, cuando la Administración dispone unilateralmente la modificación de un contrato, como en éste, donde es el contratista quien plantea su necesidad de modificar el contrato, la eventual modificación será el contenido dispositivo de un acto administrativo. En este aspecto, ambos casos tienen una sustancia común, y es que la legitimidad de la modificación del contrato se medirá por la legitimidad de acto administrativo que la dispone. La vemos por separado de la modificación por resolución unilateral de la Administración pues, no obstante aspectos comunes, tienen dos puntos que las diferencian, que si bien no cambia la naturaleza jurídica, puede ser relevante.

El primer aspecto diferenciador radica en que lo que moviliza el procedimiento de modificación del contrato es el interés de contratista.

El segundo aspecto diferenciador es que este tipo de modificación tomará, luego, la forma de un acuerdo entre partes.

En cuanto al primer aspecto. Hemos dicho que quizás éste deba ser el tipo de modificación que requiera mayor cuidado, por parte del administrador. Es claro que el acuerdo a que arriben ambas partes deberá tener un antecedente lógico, el cual es el acto administrativo por el cual se constituye la voluntad de la Administración; y que luego irá a integrar el referido acuerdo modificatorio. Con referencia a ese acto administrativo, aplican las mismas consideraciones que realizamos en cuanto a la modificación del contrato por decisión unilateral de la Administración.

Por lo que dijimos, la Administración debe explicar, de qué manera, y por qué, aplican al caso concreto las consideraciones generales que legitiman el dictado del acto, y este es el principal punto de cuidado para el jerarca que dicta el acto, aceptando total o parcialmente el requerimiento del cocontratante. El motivo legítimo no podrá ser, exclusivamente, el interés del cocontratante. Ni la finalidad podrá ser los fines de la actividad del particular contratante. El cocontratante podrá tener motivos legítimos para solicitar a la Administración la modificación del contrato; y los fines

de la modificación requerida podrán ser adecuados a sus necesidades o intereses, pero eso sólo no legitima el acto que debe dictar la Administración. Sostiene unánimemente la doctrina que el fin legítimo del acto está condicionado por su adecuación al fin de satisfacer de manera concreta y específica el "interés general", y el cumplimiento de todos los requerimientos que surgen del cometido que el ordenamiento jurídico ha puesto a cargo de la Administración contratante. Nada impide que el contenido dispositivo del acto satisfaga, también, total o parcialmente, el interés de cocontratante, pero ese no puede ser el motivo, ni el fin, únicos, de la actuación de la Administración. Si el acto tiene motivos legítimos y el fin querido se adecua al fin debido y por lo tanto satisface el "interés general", en principio no hay impedimento para que también contemple el interés de la otra parte. Si existe y se acredita un derecho subjetivo del cocontratante, el mismo será parte de reglas a aplicar para el dictado del mencionado acto administrativo.

En cuanto al segundo aspecto. En estos casos la Administración acordará con la contraparte, ciertas modificaciones al contrato. Habrá que tener en cuenta que el posterior acuerdo con la contraparte, no vuelve legítimo un acto administrativo ilegítimo; ya sea por inexistencia o irregularidad en alguno de sus presupuestos o elementos. Por el acuerdo posterior quizás, luego, no haya agravio de la contraparte, pero si el acto que formó la voluntad de la Administración en el sentido de acordar una modificación del contrato "nació" ilegítimo, seguirá siendo ilegítimo. Esa ilegitimidad tendrá todas las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevé, posiblemente no se dé la más habitual que es la impugnación de la contraparte; pero el acto tendrá, igualmente todos los efectos jurídicos que corresponda a la categoría de los ilegítimos.

No es la única vía, pero es muy probable que el acuerdo que modifica el contrato tenga forma de otro contrato, esto es, la transacción. O que una eventual modificación del contrato contenga aspectos de transacción.

Hay, todavía un tercer aspecto a considerar cuando se trate de apreciar la legitimidad de la modificación de un contrato del Estado, por acuerdo de partes. Si el contrato originario, el que sería objeto de modificación, se formalizó mediante un procedimiento competitivo, las limitaciones e incluso impedimento para la modificación del contrato, surgen, también de las reglas y principios que rigen ese procedimiento competitivo, en particular, el principio de igualdad de los oferentes. Sería de dudosa legitimidad que la Administración aceptara o dispusiera cambios en el contrato, que mejorasen la situación del adjudicatario, pues, esta medida, que luego de la adjudicación, mejora o favorece la situación del cocontratante no pudo ser utilizada por los otros participantes del procedimiento competitivo, afectando el referido el principio; en cuyo caso el acto que dispone la modificación podría caer en la categoría de los ilegítimos.

13.5. Modificación por norma del contrato original

Una posible modificación puede estar dispuesta en el contrato perfeccionado por las partes. En estos casos, para las partes, incluida la Administración, la modificación se presenta como acto debido. En lo que refiere a la voluntad de la Administración, la pertinencia de la modificación, esto es, la adecuación a los motivos y del fin, estará contenida en los actos que condujeron al perfeccionamiento del contrato original.

Habitualmente, en los contratos con prestaciones periódicas, o en los casos que el precio se pague de manera diferida, en períodos más o menos extensos, los contratos incluyen estipulaciones denominadas de corrección monetaria, o de otro tipo de ajustes de sus valores. La aplicación de estas cláusulas puede mirarse como una modificación del contrato, aunque estrictamente lo que se produce es una modificación cuantitativa en la prestación, pero no una modificación del contrato.

En esos casos, la prestación cambia, ya sea aumentando o disminuyendo, precisamente, en aplicación de las obligaciones del contrato. Dichas cláusulas son de muy diverso contenido, en algunos casos, puede ser una mera actualización del precio en función de una variable de mercado. En otros casos también la finalidad puede ser la sola actualización, pero mediante complejas ecuaciones matemáticas denominadas paramétricas, que incluyen diversas variantes que las partes pactan como relevantes para el cumplimiento del contrato. Esas paramétricas o cláusulas de ajustes pueden tener otra finalidad, más allá de la mera actualización de precio, pues el objetivo de las partes puede ser que el precio, sustancialmente, sea variable. En todos casos, las variaciones en el precio serán consecuencias del cumplimento de la estipulación contractual, por lo que, mirado así no será una modificación del contrato.

14.- LÍMITES ESPECÍFICOS DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Cajarville señala, además, dos límites específicos de la modificación de los contratos, y son, la esencia del objeto del contrato y las cláusulas de contenido puramente patrimonial.

En cuanto a la esencia del objeto del contrato, las prestaciones contractuales pueden tener los ajustes necesarios para cumplir con la finalidad perseguida, pero el objeto de las obligaciones no debería modificarse, esto es, las prestaciones deberían adecuarse para que objeto del contrato se cumpla y el interés general perseguido de manera específica en el contrato, se vea satisfecho.

En cuanto a las cláusulas de contenido patrimonial, prestigiosa doctrina nacional sostiene la absoluta imposibilidad de su modificación. Tal rigidez no tiene explicación razonable, ni fundamento jurídico.

Las modificaciones contractuales que la Administración disponga, tanto las de su propia iniciativa como la hayan tenido iniciativa en el cocontratante, en las prestaciones del contrato deberán tener su reflejo en el precio del contrato.

Se ha señalado como fundamento de la inmutabilidad de la cláusula de contenido patrimonial, el derecho subjetivo del contratista a percibir el precio acordado. El argumento es parcialmente correcto. El fundamento debería ser el principio de la eficacia vinculante del contrato, que se funda en la existencia de obligaciones recíproca de ambos contratantes, y que, por lo tanto, incluye no sólo los derechos del contratista sino también los de la Administración. Los derechos del contratista a recibir el precio establecido en el contrato, en la medida que las prestaciones sean las mismas. Y los derechos de la Administración a no pagar más precio que el establecido en el contrato, en la medida que no se le haya requerido al contratista mayores (o mejores) prestaciones.

Cuando las prestaciones se mantienen inalteradas, un aumento del precio que deba pagar la Administración, ya sea por la vía directa de aumentar el precio o por la vía indirecta de disponer modificaciones de los procedimientos o paramétricas de ajustes previstos en los contrato, será ilegítima.

La única excepción a lo que viene de decirse será cuando se configuren los elementos de hecho y de Derecho para aplicar alguna de las denominadas Teorías para el restablecimiento de la ecuación económica financiera del contrato; que son tres y sólo tres: Teoría de la imprevisión, Teoría del hecho del príncipe y Teoría de las sujeciones imprevistas. En esta última es en la cual, efectivamente, hay una modificación de precio del contrato, que deberá estar proporcionada a las modificaciones de las prestaciones contractuales que hayan resultado necesarias. En las otras dos, cuando se han cumplido todas las exigencias señaladas por la doctrina para que opere alguna de ellas, la Administración puede verse obligada a indemnizar al contratista. Sólo en estás dos ("imprevisión" y "del príncipe") se excepciona la regla según la cual la demanda de reparación de daños y perjuicios (salvo los de la mora) tiene como requisito previo la rescisión del contrato; y esta excepción es propia de los contrato de la administración.

Fuera de los casos de la aplicación de esas tres teorías, no existen Regla de Derecho, ni Principio de Derecho, que pueda implicar que la Administración pague más de lo pactado en el contrato, cuando las prestaciones que recibe el Estado son exactamente las previstas en el contrato. Con las mismas prestaciones contractuales, si el Estado modificara el contrato, aumentando su precio, por cualquier vía, directa o indirecta, habría una notoria ilegitimidad por ilegitimidad en el motivo.

15. ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA DEL CONTRATO.

Enseña Cajarville que "*…aun en ausencia de estipulaciones contractuales, la llamada "ecuación económica financiera" del contrato, como equilibrio de las prestaciones previsto y acordado por las partes en el momento de su celebración, se tutela en la contratación administrativa con un eficacia que supera la que recibe un acuerdo entre particulares*".

Todos los contratos con contenido económico, entre ellos, los que celebra el Estado, tienen una ecuación económica financiera. Algunos autores asumen que esa ecuación es el precio. Claramente, no es así, dicha ecuación es la resultancia de todas las estipulaciones contenidas en el objeto del contrato, en la cual, el precio es la más relevante, pero no la única. La ecuación económica financiera es la compleja relación entre las recíprocas obligaciones del contrato; se integra con el precio, pero también con las contraprestaciones de esa obligación (pago del precio). Cuando se habla de desequilibrio de esa ecuación, la referencia no puede ser exclusivamente al precio, sino a éste, en correlación lógica con sus contraprestaciones. Ese equilibrio, que en los contratos conmutativos, esto es, en todos los que celebra el Estado, es el que establecen las partes al momento de perfeccionar el contrato, es, precisamente, el que debe mantenerse luego, en la etapa de ejecución de la obligaciones.

16.- ECUACIÓN DEL CONTRATO Y TEORÍA DE LOS RIESGOS

Hemos señalado que todo contrato es, sustancialmente, en lo económico y en lo jurídico, una distribución de riesgos. Riesgos que también integran su ecuación económica financiera. Esto es

así en todos los contratos, tanto en los celebrados entre particulares, como en los que participa una entidad estatal.

Cuando el Estado contrata con una empresa el suministro de determinados bienes o la realización de una obra o el suministro de un servicio, lo hace porque esa empresa tiene los medios para realizar las respectivas prestaciones contractuales, con las que le Estado no cuenta, o no las posee con las condiciones que el caso concreto las requiere. En principio, no habría motivo legítimo para que el Estado contrate con un particular una prestación que él mismo puede realizar, por lo menos en igualdad de condiciones, cuantitativas o cualitativas. Esta regla puede tener excepciones en el complejo mundo tecnológico, fuertemente globalizado, cuando se trate de cumplir con determinas políticas sectoriales.

El Estado contrata con los particulares para recibir determinas prestaciones y también para eliminar o disminuir sus riesgos. En cierta medida puede decirse que paga para evitar riesgos o para compartirlos. El cocontratante cobra un precio, por las prestaciones que se le requieren, y por los riesgos que asume, estos son los riesgos propios de su situación contractual y los que el Estado le trasfiere dentro de sinalagma genético del contrato.

Del contenido obligacional de cada contrato habrá que determinar cómo se constituyen las prestaciones (obligaciones de dar, hacer o no hacer) y cómo se distribuyen los riesgos entre las partes, que también se podrán concretar en deberes de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Esto, que tiene su origen en el sinalagma genético, tiene luego su incidencia en el sinalagma funcional.

El contrato que celebra el Estado, con los condicionamientos que venimos de ver más arriba, puede ser modificado. Pueden modificarse las prestaciones o pueden modificarse la distribución de riesgos.

Cuando esas prestaciones o esos riesgos de la empresa que contrata con el Estado aumentan, y ese aumento es debido a lo que dispone la Administración, esta tiene el deber de adecuar las restantes prestaciones y riesgos, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Esto es, si la modificación contractual que dispone unilateralmente la Administración implica que el cocontratante suministre más prestaciones (bienes o servicios) o asuma más riesgos, la Administración deberá incrementar su prestación (precio) en la justa medida que hayan aumentado, para la otra parte, sus prestaciones o sus riesgos.

En ese caso, la Administración no podrá mantener el precio originario del contrato pues se estaría enriqueciendo ilegítimamente. Entonces, deberá aumentarlo en la medida que aumentan las prestaciones requeridas a la otra parte. Si lo hace en menor medida, la actuación de la Administración será ilegítima. Si lo hace en mayor medida, también habrá ilegitimidad, pues no habría motivo legítimo para que la Hacienda Pública se vea afecta sin la equivalente contraprestación, y podría presentarse una hipótesis de desviación de poder por la discordancia del fin debido con el fin querido.

Notoriamente, habrá ilegitimidad, cuando la Administración le impone a la contraparte mayores o mejores prestaciones, o cuando le impone asumir otros riesgos, sin la equivalente contraprestación. De igual manera habrá ilegitimidad cuando la contraparte del Estado pretenda, realizando

las mismas prestaciones y por los mismos riesgos, aumentar el precio que recibe. Habrá ilegitimidad tanto si pretende, lisa o llanamente un aumento del precio contractual, como si pretendiera cualquier aumento indirecto de precio. Solamente no habría ilegitimidad cuando se presentan todas las condicionantes para que opere alguna de las tres "Teorías para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato".

17.- ALCANCE DE PRINCIPIO DE MANTENIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA

Algunos autores señalan la existencia de un principio que denominan de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, dándole una extensión al principio, que no le reconoce la doctrina.

Si se trata de identificar un principio de derecho, irremediablemente, tendrá que tener algún vínculo razonable con el ordenamiento jurídico en que se pretenda hacer valer, o por lo menos que el alcance del principio no se oponga al resto del mismo ordenamiento. Un principio de la contratación administrativa no puede tener un alcance que desnaturalice el contrato mismo, que desconozca los motivos por los cuales el Estado contrata, y deseche los fines y cometidos mismos del Estado. Pretender que la existencia del mencionado principio implica que siempre que el cocontratante se enfrente a una situación que no es de su conveniencia, el Estado deber compensarle, ya sea modificando el contrato o reparando perjuicio, no tiene fundamento alguno.

El Tribunal de lo contencioso administrativo ha sostenido en múltiples sentencias, siguiendo a Marienhoff, que "*Como en todo contrato, el cocontratante en un contrato administrativo debe soportar el "álea normal" de toda negociación; no así el "álea anormal" cuya consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas*" [14]

En el ordenamiento jurídico uruguayo, si se admite la existencia de un principio con ese nombre, sólo puede comprender, las eventuales situaciones comprendidas en las denominadas teorías para el restablecimiento de la ecuación económica financiera del contrato, aplicable para los contratos de derecho público. Esas son las situaciones de "álea anormal", únicas que legítimamente pueden convocar la aplicación del principio de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato.

Las prestaciones contractuales también pueden verse alteradas cuando ocurre un evento denominado de fuerza mayor. Estas situaciones se pueden presentar en todos los contratos, tanto públicos como privados. Las reglas que rigen estos eventos pertenecen a la teoría general del contrato; que en Uruguay están contenidas en el Código civil. Tanto en los contratos de derecho público como en los de derecho privado la fuerza mayor sólo tiene el efecto de exonerar de responsabilidad. En ningún caso puede genera el efecto de modificar el contrato o generar la obligación de reparar daños y perjuicios, salvo acuerdo contractual expreso que no vulnere el orden público, y que en el caso del Estado, además, sea legítimo.

---

14 Marienhoff - Tratado de derecho administrativo - tomo II - pág. 470.

Pero es claro que cualquiera de esas situaciones anormales opera sólo cuando se producen los supuestos de hecho que son propios de cada una de las tres teorías mencionadas, o en la situación de fuerza mayor. No hay, en el derecho positivo uruguayo el más mínimo rastro que el referido principio pueda tener el efecto, que pretende cierta doctrina, según la cual, siempre que el cocontratante tiene alguna pérdida o alguna disminución en sus ganancias, el Estado, por ser su cocontratante, deba asumir los costos, o reparar los daños y perjuicios.

Si existiera un principio de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato con ese alcance, según el cual, el Estado debe adecuar el precio que paga por la prestación que recibe, en función de los requerimientos económicos de la contraparte, serían innecesarias las denominadas Teoría para el restablecimiento de la ecuación económica financiera del contrato, porque para que estas sean aplicables, se requiere una serie de condiciones para cada una de ellas; condiciones cuya exigencia se transformaría en inútil, si la regla fuere que el Estado debe hacerse cargo de cualquier contingencia del contrato, inclusive las originadas en la imprevisión, negligencia o incuria de su cocontratante.

Pero, además, debe señalarse que pretender dale al citado principio el alcance según el cual el Estado responde siempre por todas las contingencias económicas de la contraparte, vulnera el Principio de racionalidad. Violenta la base misma del ordenamiento jurídico y desnaturaliza el acuerdo de voluntades. Despoja al contrato de la eficacia vinculante, o por lo menos la extingue para la empresa que contrata con el Estado. Con esa interpretación del mencionado principio, la empresa que contrata con el Estado no asumiría ninguna obligación firme, pues, ante cualquier contingencia, las originada en la "razones del mercado", y también las originadas en las deficiencias, imprevisiones, y hasta errores de gestión de la empresa privada, la Hacienda pública tendría que asumir, siempre, todos las consecuencias negativas.

La aplicación de las denominadas teorías para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, bajo ningún concepto puede comprender el riesgo empresarial, propio del empresario que contrata con Estado, es el "álea normal".

Quien contrata con el Estado, recibe de éste una contraprestación, la que corresponde a un contrato conmutativo; por el cual las prestaciones se miran como equivalentes. Tanto para los contratos de derecho público como en los de derecho privado, el contrato es conmutativo porque las partes miran como equivalentes las respectivas obligaciones. Forzosamente, no tienen por qué ser equivalentes, aun en los casos que esa equivalencia pudiera medirse objetivamente (situación casi imposible). Lo que exige la ley es que las partes las perciban, y las asuman, con equivalentes. Esa equivalencia, originada en el sinalagma genético es la que determina el equilibrio en el sinalagma funcional. Pretender quebrar ese equilibrio, tanto a favor del Estado como en favor del contratista, elimina, o por lo menos relativiza, el principio de eficacia vinculante del contrato.

Resumiendo, entonces: las situaciones de desequilibrio económico del contrato, del cual derive un mayor gravamen para el Estado, en la etapa de cumplimiento, sólo puede operar cuando: (i) la Administración ha introducido, luego del perfeccionamiento (o eventualmente luego de la presentación de oferta) alguna modificación en las prestaciones del contratista, generándole así mayores costos; (ii) se reúnen los elementos de hecho y de derecho para que opere, alguna de las referi-

das teorías, en los términos que la doctrina sostiene en forma unánime (iii) ante una situación de fuerza mayor no absoluta, que por sus características y luego de un acuerdo contractual legítimo, haya alguna situación económica de la que deba hacerse cargo la Hacienda pública. Cuando la situación de fuerza mayor impide el cumplimiento de la obligación sinalagmática, el contrato se extingue sin responsabilidad para la partes.

18.- EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN Y EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El principio de colaboración, también ha sido citado por prestigiosa doctrina nacional y extranjera, para fundar la supuesta obligación del Estado para hacerse cargo de las contingencias económicas que sufra la contraparte durante el cumplimiento del contrato. Bien entendido y aplicado, el citado principio no hace más que recoger los principios generales del contrato para que el mismo, se celebre y se cumpla, de buena fe.

Las reglas de cooperación entre las partes, propias de todos los contratos, adquieren mayor relevancia en los contratos del Estado. Pero esa mayor relevancia no puede asumirse como el deber del Estado de hacerse cargo de todos los percances del contrato. Ese deber de colaboración mutuo, no puede asumirse con el alcance de que el Estado no sólo asuma sus propios riesgos, sino también los riesgos propios del empresario que contrata con el Estado.

El argumento según el cual, como el Estado tiene un deber de colaboración con su contraparte, tiene la obligación de hacerse cargo de todos sus "quebrantos económicos", es, evidentemente, una típica falacia. Pues, claramente, el deber de colaboración existe, y es recíproco. Pero ese deber no puede implicar que la Hacienda pública deba sufrir siempre todas las vicisitudes negativas del contrato. Con una falacia similar a esa, podría sostenerse que por el deber de colaboración y el principio de buena fe, el contratista deba aceptar realizar mayores o mejores prestaciones contractuales que las pactadas en originariamente, a cambio de nada, sólo por ser "colaborador" del Estado y porque éste las necesita.

Si se le pretendiera dar al principio de colaboración o al principio de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato ese alcance, que calificamos como carente de razonabilidad, la Hacienda pública se constituiría en garante incondicionada de todas las obligaciones del contrato, las propias y las de la contraparte; y además, de todas las contingencias propias del negocio, jurídico y económico, de que se trate.

19.- EQUIVALENCIA ECONÓMICA DEL CONTRATO Y LOS RIESGOS.

Señalábamos más arriba que el contrato, tanto público como privado, es, además, una distribución de riesgos entre las partes. En todos los contratos puede haber contingencias, más aun las económicas, a eso denominamos riesgos; que las partes, en todos los contratos, en particular en los que celebra el Estado, se las distribuyen, por lo general asociadas a las respectivas prestaciones contractuales.

Cuando el Estado quiera disminuir el precio de uno de sus contratos, podrá tomar algún riesgo propio del empresario; pero, cuando ello no está establecido en el contrato, el riesgo empresarial continúa en el empresario, el cual cobra por tenerlo y eventualmente afrontarlo.

Si luego de perfeccionado el contrato, pretendiendo basarse en el denominado principio de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, o en el de colaboración, el empresario pretendiera "endosarle" al Estado los costos derivados de los riegos que le son propios, o de su propia negligencia al contratar, o de su negligencia al momento de la ejecución de las obligaciones, el contrato se desequilibraría ilegítimamente en perjuicio de la Hacienda pública.

Si la entidad estatal permitiera que se le transfiera el costo por el acaecer de un evento que integra el riesgo empresarial, su actuación sería ilegítima, pues estaría poniendo a cargo de la Hacienda pública un costo que sólo debe asumir el empresario, quien contrató con el Estado, y que, como dijimos, ha cobrado o cobrará por asumir el riesgo respectivo.

Señala la doctrina extranjera que la regla básica es la equivalencia económica del contrato. Como los contratos que celebra el Estado son todos conmutativos, esa equivalencia es imposible que pueda asumirse como objetiva. La equivalencia debe ser entre las prestaciones recíprocas, y en todos los casos, según como las hayan asumido las partes, en los términos que integran el sinalagma genético del contrato. Prestaciones que "*se miran como equivalentes*".

Es tan errado sostener que el contratista debe asumir todos los riesgos, como sostener que todos esos riesgos del contrato deben ser asumidos por la Hacienda pública. Para cada contrato, en algún punto medio estará el punto de equilibrio. Los riesgos de cada parte será los que surjan como consecuencia lógica de sus respectivas obligaciones; obligaciones que surgirán de la ley (vigente al momento de perfeccionamiento del contrato) o del mismo contrato, y en el caso de contratación del Estado con procedimiento competitivo, podrán surgir, también, de los pliegos de condiciones. También, podrá haber riesgos transferidos entre las partes, por expresa estipulación contractual; siempre que la estipulación no este impedida por norma de orden público o configure otra ilegitimidad. Y esa estipulación será parte de las obligaciones que las partes miran como recíprocas y equivalentes.

El principio de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato y el de colaboración, correctamente interpretados, no puede ser una excusa para que el Estado asuma, siempre –incondicionalmente– todos los riesgos. Legítimamente, el Estado sólo debe asumir los riesgos propios de su actividad, fuera y dentro de los vínculos contractuales; por sobre los riegos propios de un contratante privado, el Estado debe asumir los riesgos que derivan la aplicación de la Teoría de la imprevisión o del Hecho del príncipe, y las consecuencias de una sujeción imprevista.

Otro efecto –o aplicación– de este principio es el derivado de las legítimas modificaciones unilaterales del contrato, que la Administración disponga. El citado Principio, obliga al Estado a equilibrar sus prestaciones con las prestaciones del cocontratante; será compensarle o indemnizarle por los efectos de la modificación unilateral; de manera tal que, luego de esa modificación, el cocontratante no vea ni perjudicada –ni mejorada– la situación configurada en el sinalagma genético del contrato.

Pero el citado principio de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato tiene, además de los señalados, otros límites. Límites que surgen de otros principios generales, no exclusivos, pero propios, también, de la contratación administrativa, como son, el principio de razonabilidad y el de buena fe. Si un contratante, ya sea porque en la negociación precontractual él

propuso, o porque aceptó de la otra parte, una estipulación contractual, con variables económicas en las cuales las partes no tienen posibilidad de incidir, y luego alguna de esa variables, reitero, ajenas a la voluntad de la parte, tiene un incidencia en el contrato diversa a la que el contratista imaginó, o supuso, o esperaba, no resulta adecuado a ninguno de los dos principios señalados (razonabilidad y buena fe), que ese contratante intente modificar las normas contractuales, o que pretenda que la entidad estatal le repare algún perjuicio, aduciendo que el Estado tiene la obligación de mantenerle la ecuación económica – financiera del contrato.

Habrá que tener presente: (i) la equivalencia entre las obligaciones de ambas partes, tanto del Estado como del empresario, son las que cada uno ha considerado, según sus intereses, al momento de celebrar el contrato; obligaciones que cada uno ha asumido como equivalente y que existe el deber jurídico de "mira como equivalente" para todos, para las partes, para el administrador y para el juez. (ii) que las situaciones que pueden hacer operativo el deber de mantenimiento de la ecuación del contrato deben ser posteriores al perfeccionamiento contrato, y esas posteriores deben reunir la doble condición de imprevistas e imprevisibles.

Un supuesto, como ejemplo: un contratista, acreedor en la obligación de precio, pacta que el mismo se ajustará por las variaciones del precio del barril de petróleo, pensando que el mismo subirá de precio, pero resulta que, durante la ejecución del contrato, el barril de petróleo no sube todo los que él esperaba (o baja de precio). Entonces, al verse afectada su rentabilidad, argumentando que el Estado tiene el deber de garantizarle su "margen de ganancia" o remuneración, pretende una modificación –directa o indirecta– del contrato para que se modifique el parámetro de ajuste, o se le indemnice. La pretensión del contratista será irremediablemente ilegítima. Si la Administración admitiera tal modificación, el acto que dicte en ese sentido sería ilegitimo, por inadecuación al fin e inexistencia de un motivo legítimo. No corresponderá ni modificación del contrato, ni indemnización de daños y perjuicios por parte del Estado, pues no ha ocurrido ningún hecho que configure la situación de imprevisión e imprevisibilidad, ni algún hecho de la misma Administración o del Estado (del Príncipe).

Cajarville, luego de señalar la admisión del principio, propio de la contratación administrativa, sobre la modificación del contrato, destaca que ello no "*…puede justificar la modificación de un contrato cuya ecuación económico-financiera haya sido inviable ab initio, como consecuencia de errores del cocontratante en que haya incurrido por su propia culpa, como suele ocurrir, de la presentación de ofertas formuladas de mala fe con el único propósito de triunfar en el procedimiento competitivo y con la premedita intención de pretender su modificación favorable durante la ejecución del contrato. En tal caso, sólo será lícito a la Administración exigir el cumplimiento en los términos pactados y aplicar todas las sanciones y reclamar la reparación de los daños y perjuicios causado si el contratante no cumpliera con sus obligaciones tal como fueron asumidas. Si en tales casos la Administración admitiera la modificación del contrato, su decisión sería ilegítima porque las circunstancias de hecho y los motivos de su actuación no conducirían razonablemente a esa solución, e incurriría en desviación de poder por utilizar su potestad modificatoria con una finalidad que no es la debida*" [15]

15 Cajarville, J.P. –obra citada– pág. 399 y 400

“EL PRINCIPIO DE EJEMPLARIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO”

Dr. Hugo R. Gonzalez Elias

I. INTRODUCCIÓN

Sostenemos la existencia y vigencia, de un principio jurídico sectorial de derecho administrativo que denominamos “El Principio de Ejemplaridad del Funcionario Público”[1], el cual brinda fundamento y razón de ser a una serie de normas aplicables a los funcionarios públicos, como aquellas que se relacionan con la denominada “Ética Pública” y también en las condiciones de idoneidad ética que habitualmente se exigen para el ingreso y el correcto desempeño de la función pública.

Para desarrollarlo conceptualmente y pretender confrontarlo a la realidad en la cual debe aplicarse, debemos tener en cuenta el “dominio de la realidad”, que se refiere al contexto histórico, político y social del asunto, para que el principio pueda ser aplicado a problemáticas actuales que requieren de soluciones jurídicas. Es que *“los principios del derecho implican un llamado desde la ética a la puerta del jurista, pero también un llamado desde la realidad histórica y política”*[2].

II. DEFINICIÓN Y CARACTERES DEL PRINCIPIO

Principio jurídico por el cual a los funcionarios públicos se les exige un comportamiento más acentuadamente ético, respetuoso al fiel apego y observancia del orden jurídico, respecto de quienes se desenvuelven en actividades privadas, que se traduce en una serie de deberes jurídicos y prohibiciones[3] inherentes al desempeño de sus funciones.

Sus caracteres son:

1º) Se trata de un principio jurídico sectorial[4] del Derecho Administrativo;

2º) Derivado de los postulados de la revolución francesa y del concepto mismo del “estado de derecho”[5]. Es un principio jurídico implícito en Convenciones internacionales y textos constitucionales iberoamericanos (p.ej. Convención Interamericana contra la Corrupción artículo III especialmente el ap. 1°; Constitución argentina art. 36 “in fine”, entre muchas otras) lo cual implica un paso más en el proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo advertido, ya, por Sayagués Laso[6 y], que resulta ajeno al del derecho privado;

3º) Responde a un estímulo externo a la Administración pública, proveniente de la sociedad, que ve a los funcionarios públicos como la "cara visible" del Estado y como sus representantes[7] cuya principal misión es la de servir al bien común. En este sentido, constituye una expresión más del proceso que se viene dando en el Derecho Administrativo iniciado –según Cassesse– a mitad del s. XX momento en el cual el destinatario de los servicios públicos, esto es, el ciudadano, empezó a tomar protagonismo, más precisamente cuando comenzaron a exigirse las prestaciones positivas de parte de la Administración pública, las "new properties", es decir, cuando el Derecho Administrativo dejó de ser un derecho –como lo caracterizamos–, ensimismado, que miraba sólo desde y para dentro;

4º) Constituye, igualmente, una reacción social que se traduce en un deber dirigido a la exterioridad de las conductas sin pretender ni perfeccionar ni moralizar la persona del funcionario. El PEFP pretende, entre otros fines, cuidar las apariencias que exige un buen concepto social de la Administración pública[8];

5º) Incide en la vida privada del funcionario, en ciertas circunstancias, pero no penetra en la vida íntima del mismo;

6º) Se infiere normativamente con mayor intensidad en aquellos ordenamientos jurídicos en donde se percibe a la ciudadanía con mayor descontento respecto a la eficiencia del Estado motivado por la corrupción, lugares en donde, en definitiva, se ha perdido la confianza[9] en quienes los representan y dirigen el rumbo de los gobiernos. Si bien en el continente americano se vislumbra normativamente en tratados internacionales, constituciones nacionales, estatales o provinciales y a nivel de los regímenes legales, también se encuentra implícito en documentos internacionales emanados de las Naciones Unidas y –aunque en distinta escala– en los países de la Comunidad Europea y del resto del mundo, demostrando que estamos en presencia de una tendencia que viene incrementándose con el correr de los tiempos y uniformándose a nivel global.

III. LOS PRINCIPIOS[10]

Debemos remarcar que el PEFP, efectivamente, cuenta con una naturaleza jurídica enmarcada en lo que entendemos estrictamente como "principio jurídico". Su naturaleza jurídica, entonces, lo ubica en un lugar importante en el derecho administrativo.

El Consejo de Estado francés ha sostenido que cada ordenamiento jurídico necesita siempre una cierta concepción del orden y del mundo, que no es más que una pieza de la civilización con sus ideales particulares, debiendo interpretarse en este cuadro a los principios generales.

Como expresa Diez-Picazo los principios son los pensamientos rectores de una regulación y se encuentran siempre necesitados de concreción. Cita –como ejemplo– la labor realizada por la jurisprudencia alemana en torno del principio de buena fe, el cual, en su origen sólo establecía que "el deudor está obligado a ejecutar la prestación como exige la buena fe con respecto de los usos del tráfico", afirmación que –como lo expresa el autor– significa "seguramente no decir mucho", aunque en sus concreciones, por obra de la jurisprudencia es donde se perciben sus frutos. Por ejemplo: no sólo vincula al deudor sino también al acreedor, vincula a los titulares de derechos

subjetivos y a los sujetos pasivos de éstos, demanda del deudor especiales deberes de comportamiento distintos del deber central de prestación, incluso, instituciones, figuras y doctrinas, hoy tan características como indiscutidas como el "abuso del derecho", la "revisión o resolución de contratos en aras de la modificación sobrevenida de la base del negocio", han sido concreciones de dicho principio, lo cual no constituye sólo una pura deducción lógica, sino que es consecuencia de un planteamiento previo que es al mismo tiempo valorativo y problemático.

Debemos tener en cuenta que ciertos principios jurídicos en el derecho administrativo funcionan como garantía de los particulares para compensar la desigualdad entre sus posiciones jurídicas y las del Estado, función no menor al tratarse de la concresión de unas de las principales preocupaciones del derecho administrativo moderno cual es la de verificar las tensiones entre autoridad y libertad, entre prerrogativas públicas y garantías constitucionales de los ciudadanos.

Los principios jurídicos cumplen múltiples funciones, entre ellas, la de servir de "acicate de la imaginación creadora" al permitir tanto al creador de la norma, como al operador jurídico, incentivar la inventiva, al punto de poder recrear todo el sistema jurídico, permitiendo investigar nuevas relaciones y nuevas soluciones a los problemas jurídicos.

Además, como lo sostiene García de Enterría no debemos considerar que los principios jurídicos son meras reglas, sino que son principios de índole técnica, fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de éstos cognocibles, en base –fundamentalmente– a los aportes de la doctrina. Este mismo autor, sostuvo que la superioridad del Derecho romano sobre otros sistemas jurídicos anteriores o posteriores al mismo estuvo, justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes, sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según sus principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta[11].

Por último, como ha observado Sohm –citado por Nieto[12]– los juristas pensamos y hablamos con conceptos jurídicos, gracias a los cuales "del caos surge un cosmos".

IV. LA EJEMPLARIDAD

Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción como adjetivo, significa "que da buen ejemplo y, como tal, es digno de ser propuesto como modelo", como modelo de conducta.

El PEFP –como el principio de buena fe, al cual nos hemos referido como parámetro comparativo– incorpora el valor ético de la confianza a todo el régimen jurídico de la función pública. Supone una regla de conducta o comportamiento, que no deja de ser normal, recta y honesta, la que se espera de un hombre corriente, de un hombre medio, se mide en la relación concreta en la que opera, al igual que sucede con la noción del derecho comercial del "buen hombre de negocios" o del derecho de familia "del buen padre de familia".

El principio se erige en medio de la sociedad posmoderna, en donde, las ideologías, los mitos, han sido relegados por el individualismo y el sectarismo (cercano al individualismo en una sociedad de

masas), en donde el relativismo ético es prevaleciente, que ha vuelto la mirada del hombre sobre sí mismo, desde el descubrimiento del "yo" por Freud, como una especie de patología narcisista.

La cultura occidental de los últimos siglos no ha dejado de mirar al hombre como individuo, no ha sido en vano, así ha logrado una de las mayores conquistas de todos los tiempos: la consagración universal de las libertades democráticas y de los derechos humanos.

Esta sociedad que presta atención a las "conductas" más que a las ideas y que, atendiendo a lo que nos indica en ese aspecto la psicología de la comunicación, la comunicación entre los hombres constituye un sistema integrado no sólo por aspectos gestuales, sino de actitud y de comportamiento, de allí que las conductas de los funcionarios públicos también constituyen una forma de comunicarse con los ciudadanos, la cual es –en sí misma– neutra, incidirá positiva o negativamente en la sociedad según su contenido concreto.

Uno de los más importantes pensadores españoles de nuestros tiempos Javier Gomá[13] avanza con una teoría de la cultura contemporánea basada en la ejemplaridad pública, pretendiendo desarrollarla proponiendo una ética acorde a nuestros tiempos. Afirma que el hombre contemporáneo ha luchado con singular éxito para conseguir la libertad desde hace tres siglos y lo ha conseguido, al menos, nadie lo discute hoy, máxime desde la consagración universal de los derechos humanos.

Ahora el gran desafío constituye "emanciparse" y salir del individualismo y del "yo", para constituir la base de una civilización nueva que contenga las virtudes del "civismo" y para ello, propone construirla desde el "ejemplo público" que requiere una verdadera "reforma de vida" a la que estamos todos llamados libremente, a la cual accederíamos como fruto de una propia evolución de un estado de la cultura que resulta evidente hoy se encuentra exhausta y vacía de contenido.

Ejemplo público que, en el caso, de los funcionarios públicos reviste particular efecto en la sociedad, tal como lo ratifica desde la psicología social Young, quien destaca que en el sistema democrático a diferencia de otros como el monárquico, al considerar a sus funcionarios como "líderes voluntarios" requieren para el ejercicio de su autoridad el aditamento social del "prestigio" el cual puede originarse no necesariamente en el ámbito político sino en otros, tal como ha sucedido con líderes que han sido exitosos en lo deportivo o artístico.

Gomá sostiene que los "políticos" tienen dos maneras de influir sobre la sociedad: lo que ellos hacen y lo que ellos son. Lo que ellos hacen son leyes coactivas, capaces de transformar la sociedad[14], pero lo que ellos son es a menudo mucho más importante, porque son ejemplos que tienen mucha influencia en nuestra vida, nuestra hacienda y nuestra libertad y se convierten en una fuente de moralidad social.

El *ejemplo* de las personas que ocupan posiciones de poder puede ser extremadamente vertebradora o desvertebradora de la sociedad, y cuando los políticos son ejemplos de un estilo de vida alejado del ideario de quien debería tener como principal función la de servir al pueblo, se produce un efecto desmoralizador en la sociedad. Lo peor es que los políticos sólo encuentran como solución aprobar más y más leyes, es decir, más coacción, con lo cual la falta de ejemplaridad de sus conductas acaba produciendo un exceso de legislación para remediar el efecto negativo que

ellos mismos han generado con su comportamiento no acorde con las expectativas sociales, provocando –así– un círculo vicioso de nefastas consecuencias[15] no sólo sociales, sino política y, en lo que nos interesa, jurídicas al devaluar el producto legislativo que constituye, ni más ni menos, que uno de los pilares del principio de legalidad o juridicidad.

V. EL FUNCIONARIO PÚBLICO

El concepto que utilizamos es coincidente con el de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (aunque se remonta al concepto acuñado por Jêze), que comprende –genéricamente– a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades.

VI. CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DEL PEFP

1º) el PEFP puede ser aplicado en cada una de las funciones atribuibles a todo principio jurídico: al constituirse en *fundamentador* del ordenamiento jurídico, al ser causa y base del ordenamiento jurídico; *informador* de la labor interpretativa, al funcionar como orientador del ordenamiento jurídico, "al darle la forma esencial a las cosas" (escolástica), *integrador* del ordenamiento frente a la carencia normativa, lo que le brinda unidad, permanencia, seguridad jurídica al sistema y colabora con la actividad hermenéutica y, por último, como *garantía* a favor de los particulares frente al poder público;

2º) Como expresa Diez-Picazo los principios son los pensamientos rectores de una regulación y se encuentran siempre necesitados de concreción, de ahí que el PEFP, permitirá iluminar sectores hoy oscuros en la casuística. Tal vez éste sea uno de los aportes más concretos en la aplicación a los casos concretos en donde se requiera encontrar el sentido a normas que pretenden ser aplicadas u opuestas a funcionarios públicos investigados en sus antecedentes para el ingreso o permanencia en un cargo público de cierta relevancia o por posibles inconductas en el ejercicio de sus funciones;

3º) El PEFP es aplicable no sólo en la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, sino también en la responsabilidad política, en donde la existencia de tipos de faltas de "textura abierta" (propia del régimen asentado en la sujeción especial de aquéllos), permite brindar un criterio plenamente aplicable, justamente, a las inconductas que encuadren en el postulado del PEFP cometidas por los más altos funcionarios sujetos a esa responsabilidad. La tan difusa responsabilidad política por "mal desempeño" tendrá el aporte de un principio jurídico que brinda seguridad jurídica a quien lo invoque a favor o en contra del acusado;

4º) El PEFP permite aplicar sistemáticamente los valores provenientes de la Ética Pública al régimen disciplinario del funcionario público, dado que al incorporarse al bloque de juridicidad como deberes o prohibiciones exigibles a ellos, ha implicado un fenómeno que denominamos "positivización de la ética" (García Maynez, por su parte, la denomina "moralidad positiva"). En este sentido, posibilita que los operadores del derecho puedan desentrañar el recto sentido de normas jurídicas que nos remiten a criterios deontológicos indefinidos y vagos. Así –también– se evita lo que López Mesa–Rogel Vide califican como "Peligro de la Utilización Disfuncional" de los principios que posibilitaría "echar mano de ellos para librarse fácilmente de cortapisas legales, para

saltar por encima de prohibiciones normativas o para soslayar normas aplicables". Al menos en los alcances del mismo, permitirá que no se lo utilice para encontrar "chivos expiatorios" (al decir de Zaffaroni) ni constituirse en vehículo social de lo que Freud[16] compara con una patología propia de la neurosis la "manía persecutoria" mediante la cual se pretende atribuir a una persona (en nuestro caso "el funcionario público") un excesivo poder como forma de trasladarle todas las responsabilidades, librándose –así e incluso– de las propias, de manera de poder echarle la culpa de todo lo penoso o desagradable que al enfermo sucede;

5º) El PEFP tensiona con otros principios jurídicos en el caso concreto, permitiendo al operador jurídico aplicar técnicas propuestas para resolver aparentes conflictos entre principios, utilizando el "balancing test" (Bidart Campos) o el de "jerarquía" (Robert Alexy) empleado por la Corte Suprema de Justicia estadounidense al ponderar como derechos preferentes –"preferred freedoms"– a las libertades religiosa, de prensa, de reunión, de asociación, el derecho a la igualdad sobre otros derechos constitucionales o, por último, el propuesto por Ronald Dworking el que pretende determinar cual de ellos tiene el mayor peso o importancia ("dimension of weith") en el caso concreto;

6º) Habitualmente entrará en tensión con el principio de intimidad y reserva del funcionario público cuando se trate de auscultar sobre el debido comportamiento en la vida privada en su desarrollo social. En estos casos, el sometimiento voluntario a un régimen jurídico, constituye un criterio aceptado por la jurisprudencia americana, como justificante de la reducción lícita –claro está– de la esfera de la vida privada del funcionario público. De similar forma operará como lo hace el principio de intimidad y reserva respecto de la libertad de prensa[17]. En este caso la jurisprudencia ha distinguido la situación de otras personas "públicas" como actrices, deportistas y modelos, dado que aquella impone como condición esencial para su ejercicio la posibilidad de crítica a los funcionarios públicos[18];

7º) También constituye un aporte clarificador para la reciente aparición de una profusa regulación de lo que se ha clasificado como una subespecie de la Ética Pública, cual es la Ética Judicial[19], con su codificación que refleja dos tipos diferentes de regulaciones, una que es de carácter jurídico y por ello disciplinario y otra de carácter meramente preceptivo, traducido en recomendaciones, por ende no generadora de responsabilidad disciplinaria;

8º) El mayor riesgo que enfrenta el PEFP al momento de ser aplicado: el de constituirse en un instrumento a favor de posturas autoritarias, que pretendan imponer una supuesta moral que sirva de guarida a autócratas;

9º) La aplicación del PEFP en materia disciplinaria, se sugiere, lo sea teniendo en cuenta criterios ya sentados por la doctrina y la jurisprudencia: como el de la jerarquía o de la responsabilidad (regla de la proporcionalidad); como así también de otros que proponemos: el criterio de los órganos de control en sentido amplio[20] y otro que ha sido formulado posicionándonos desde el lugar del ciudadano: como lo es el criterio según la naturaleza de la función (propuesto por Jèze como justificación de la mayor represión penal de los agentes públicos respecto de los ciudadanos, como así también por la O.N.U. en el "Código de conducta para funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley" 1979, para los agentes que ejercen funciones de policía, especialmente los facultados para efectuar arrestos o detenciones). De hecho –se advierte– que más allá de

proponer la aplicación combinada de los criterios esbozados, la descripción no es más que enunciativa y admite la aplicación en el caso de otros criterios existentes. Por lo pronto y respecto de su tensión con el principio de intimidad y reserva es aconsejable tener en cuenta los criterios que utilizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en el caso "Spinoza Melo" (2006) para determinar cuales son las acciones privadas efectuadas en público de los funcionarios públicos que quedan comprendidas en la garantía del art. 19 C.N.A., a saber: a) las realizadas de modo reservado; b) con la intención de no exhibirse; c) sin que tengan trascendencia pública y d) que no provoquen escándalo;

10º) Permite encontrar el recto sentido de normas que, de otra forma, parecerían no contar con un fin que las justifique: por ejemplo, en la causa "C.L. G. – DJ 28/06/07" en el voto de Zaffaroni se criticó la exigencia impuesta para la postulación en un concurso para acceder a un cargo de juez, que impedía el acceso a quien "fuere deudor del fisco", entendiendo que ello no tenía sentido e, incluso, consideraba como una exigencia discriminatoria; o en el ya mencionado caso "Spinoza Melo" en tanto que una de las causales no tenidas en cuenta por la Corte Suprema argentina fue la referida al trato irrespetuoso que mantuvo el funcionario respecto a otros diplomáticos argentinos, pero frente a funcionarios chilenos en un agasajo a la delegación argentina.

11º) Por último, debemos contestar al interrogante que aún no hemos respondido: ¿es posible aplicar el PEFP en un caso concreto sin que el mismo exista expresado como tal en una norma legal? Efectivamente, más allá de su aporte esencial en materia interpretativa, entendemos que no sólo desde la incorporación al ordenamiento jurídico de los países americanos que han ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción[21] es directamente aplicable, sino que además, es aplicable al ingreso a la función y en el ejercicio de la misma por la propia textura abierta que presentan los tipos de faltas disciplinarias invocables frente a los funcionarios investigados que permite "rellenar" dichas indeterminaciones con el contenido que aporta el PEFP.

Conclusión final: Vivimos tiempos angustiosos –al decir de Sábato– envueltos en una crisis considerada como la demostración del fin de una cultura, también son tiempos decisivos, comparables con el pasaje de los días imperiales de Roma al feudalismo o de la edad media al capitalismo, aunque algo diferente porque es más grave, ya que ahora se encuentra en juego la vida misma de todo el planeta, hace un tiempo la posibilidad del holocausto nuclear convivía con nosotros, ahora, son los palpables efectos del calentamiento global.

En nuestra opinión, la crisis en la que convivimos radica en las escalas y parámetros valorativos con los que se maneja nuestra civilización y, tal como lo propone Gomá, ésta debe lograr emanciparse y reformar la vida de todos nosotros, a partir de la adopción de valores sociales propios del civismo, adoptando una nueva moral administrativa –que es la republicana–, en esto, la conducta de los funcionarios públicos es decididamente "vertebradora", allí el PEFP irrumpe con fuerza, ordenando, fundamentando, interpretando, dando causa y brindando seguridad jurídica para llenar de valores cívicos la revalorización de una democracia cuyo presupuesto ético es esencial, necesario y de urgente recomposición en democracias débiles como las nuestras. Es que pareciera que las necesidades y los valores no se yuxtaponen en nuestra época, cuando ello es imprescindible –al decir de Lara– en todo proyecto de identidad ética que es esencial a esta cultura exhausta.

Siguiendo a Nieto, afirmamos que estamos condenados, en definitiva –digamos lo que digamos–, a no ser entendidos por muchos y a no poder convencer a la mayoría. De la misma manera –y por las mismas razones– que no entendemos ni nos dejamos convencer por otros más sabios que nosotros, es que –y aquí me remito al pensamiento de Karl R. Popper[22]– las teorías son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos "el mundo" para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo. Y tratamos de que la malla sea cada vez más fina".

NOTAS:

1 En adelante nos referiremos al mismo con sus iniciales "PEFP". La comunicación se ha inspirado en la publicación efectuada por RODRIGUEZ ARANA, JAIME en "La Dimensión Ética de la Función Pública", I.N.A.P., 2013, de allí que no se citan sus partes específicas ya que subyacen a todo el desarrollo discursivo.

2 GORDILLO sostiene que para aprender derecho hay que estudiar las leyes y los libros, el contexto de los tiempos y la realidad de cada momento, todo. NIETO, Alejandro – GORDILLO, Agustín. "Las limitaciones del conocimiento jurídico", Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág.72.

3 GARCÍA PULLÉS, Fernando. "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional", Ed. Lexis Nexos, Bs.As. 2005, pág.213. "En orden a las prohibiciones, (…) dígase que ellas encuentran apoyo en la necesidad de privilegiar la defensa del interés público evitando el conflicto de intereses, real o potencial, o prevalerse de prerrogativas de su condición para la obtención de beneficios indebidos. Por ello se ha señalado que ellas derivan de un principio general de derecho constitucional y administrativo según el cual los funcionarios públicos no pueden recibir beneficios que comprometan la moral pública del cargo, prohibición que descansa en una razón de orden ético, que no puede interpretarse extraña al sistema jurídico general que rige la función pública argentina (Fallos 320:783 CNacContAdmFed, sala 2ª, 15/5/1980, ED 89-282).

4 Son principios generales de cada disciplina, no se imponen a todo el ordenamiento jurídico, pueden tener prelación sobre un principio más general del ordenamiento positivo. Otros principios sectoriales del Derecho Administrativo son: el de continuidad de los servicios públicos, de interpretación de los contratos de atribución y de colaboración, de autotutela declarativa (presunción de legitimidad de los actos administrativos, de la decisión previa, de alegación de la propia torpeza: autoanulación y acción de lesividad).

5 GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. "Interferencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial" Reforma Legal y Judicial y Control de la Corrupción en América Latina y el Caribe. Caracteriza al Estado de Derecho como modelo de organización jurídico-político característico de los sistemas democráticos, con cuatro principios: 1) separación de los poderes del Estado (independencia de los órganos como característica fundamental); 2) imperio de la ley como expresión de soberanía popular; 3) sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico y 4) garantía judicial efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

6 SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, T.1, Montevideo, 1987, págs. 90 y sigs.

7 O´DONELL, Guillermo. "Accountability horizontal", Agora Nº 8, Cuaderno de estudios políticos, 1998. Parte de la conceptualización de la **representación como responsabilidad**, el desempeño de funciones públicas es una actividad dignificante que exige cuidadosa sujeción a la ley, entrega devota al servicio del bien público y una severa concepción de las obligaciones de quienes gobiernan. De esta idea surge el imperativo republicano de que nadie, ni siquiera quienes gobiernan, puede situarse por encima de la ley.

8 KIPER, Claudio M.. "Responsabilidad Disciplinaria de los Magistrados" Ed. La Ley, 2002, Bs.As., 6-228, pág.75. Esta característica se encuentra en sintonía con lo que afirma Riccioti en relación a la evolución de los criterios jurisprudenciales en el régimen disciplinario en el juzgamiento de los consejos de la magistratura italianos en donde la "deontología judicial ya no se inspira en valores absolutos sino en valores relativos a la particular función técnica del magistrado, siendo irrelevante desde el punto de vista disciplinario lo que haga en su vida privada mientras no se afecte su prestigio profesional. Agrega que no se apunta más a la ética del hombre sino a la ética del profesional".

9 Como nos enseña Coviello "la protección de la confianza, en fin, tiene también, al lado de su faz jurídica, un cariz político: señala a los gobernantes que la situación de los particulares y del resto de los cuerpos intermedios no puede ser desconocida o abstraída de las decisiones que se adopten", cit. por BARRAZA, Javier I. en "La Responsabilidad del Estado y la protección de la confianza legítima", en La Ley, 10/02/1999, pág.3.

10 “Se entiende por Principio aquello de donde deriva y se puede conocer esa peculiar realidad que los hombres reconocen, constituyen y necesitan como derecho, sólo comprendiendo de dónde viene el derecho podemos saber adónde y con qué limites conducirlo” (Vigo, postura ecléctica).VIGO,Rodolfo L., “Los Principios Jurídicos. Perspectiva Jurisprudencial”, Depalma, Bs. As., 2000, págs. 221 a 225.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 34 y 35.

12 NIETO, Alejandro – GORDILLO, Agustín, op. cit., pág.22.

13 GOMÁ, Javier. “Ejemplaridad Pública”, Ed. Taurus, Madrid, 2009, pág.91 y sigtes.

14 En la Grecia presocrática se consideraba que la ley unificaba la polis, le daba forma al cuerpo político y poseía una función eminentemente pedagógica. Para Finnis y Gomá la autoridad del gobernante de nuestra época no proviene más que de la razón (ya no hay fueros, ni atribuciones divinas, ni aristocráticas), es decir, de nuestro convencimiento que es conveniente para el todo social que se monopolice el uso de la fuerza, de allí que su utilización inadecuada e ineficiente genera el descreimiento social en el que vivimos.

15 En los países latinoamericanos se han realizado encuestas que demuestran la fragilidad de la democracia (sobre una muestra que incluye a 18 países en el año 2002) al opinar sobre un 58,1% de los encuestados que “están de acuerdo con que el presidente vaya más allá de las leyes” y un 56,3% que “creen que desarrollo económico es más importante que democracia” (El informe de PNUD “La Democracia en América Latina” disponible en www.democracia.undp.org).

16 Freud, en “Tótem y Tabú” (1912/3) sostiene la existencia de un “alma colectiva” en la que se desarrollan los mismos procesos que en alma individual.

17 El Tribunal Supremo español, sala de lo Civil, pleno, 2008/12/17, consideró que “cuando se pretenda sacrificar el derecho a la intimidad en beneficio de la libertad de información debe tenerse en cuenta el interés público en el conocimiento de los hechos registrados y si la intromisión en la esfera privada ajena ha sido **imprescindible** para obtener la información”.

18 Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. Sala II, “S. de C., M. R. c/Yahoo de Arg. SRL y otro s/Medida Cautelar”**.**

19 KIPER, op.cit. , pág.4 “Desde otro punto de vista, a diferencia de lo que sucede en otros sectores de la función pública, la valoración de los ilícitos disciplinarios imputados a los jueces se realiza de un modo más penetrante y severo. Esto encuentra diversos motivos: a) del Juez cabe esperar más que de otros funcionarios, ya que deciden sobre la honra, la propiedad o la libertad de las personas; b) el Juez se encuentra sujeto a múltiples controles: los litigantes, los abogados, los tribunales de apelación, los medios de prensa, etc.

20 Al referirnos a los órganos de control “en sentido amplio” incluimos no sólo a los funcionarios del poder judicial, sino también, a los que titularizan auditorías, tribunales de cuentas, sindicaturas, defensorías del pueblo, contadurías y controlarías, que a lo largo y a lo ancho de toda la legislación (a nivel constitucional, legal y reglamentario) los somete a ese “plus” de exigencia de apego a la ley y a la ética pública para el ingreso y permanencia en esos cargos.

21 Aprobada por ley…, entre otras normas, podemos referirnos a la recepción conceptual del PEFP en los deberes que los Estados signatarios se han comprometido observar (v.gr. art.III).

22 En “La lógica de la investigación científica”, cit. por LINARES, Juan Francisco, “Fundamentos de Derecho Administrativo”, Ed. Astrea, Bs.As. 1975, pág.75.

DERECHO URBANÍSTICO EN MÉXICO: EL MIEDO COMO UN FACTOR DE INFLUENCIA EN EL DESARROLLO URBANO DE LA CIUDAD DE MÉXICO.

Francisco Eduardo Velázquez Tolsá
Doctor
Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

Derivado de las nuevas tendencias del desarrollo urbano,[1] la Ciudad de México como ciudad capital, día a día evoluciona de tal forma que sus espacios físicos presentan grandes cambios derivados de las necesidades poblacionales a las que se enfrenta.

La población en la Ciudad de México actualmente asciende a 8,851,080 habitantes,[2] lo cual nos refiere que para cubrir las distintas necesidades de toda la población, llámense vivienda, infraestructura pública, seguridad, movilidad, servicios, entre otros, se requiere de un esfuerzo considerable, basado en una política de desarrollo urbano eficiente.

Por ejemplo, en el caso de la vivienda, por ser una necesidad básica de los habitantes, se considera que la política pública en esta materia debe satisfacer los requerimientos específicos en relación al ritmo de crecimiento poblacional que presenta.

En ese sentido, el Programa General de Desarrollo del Distrito Federal (PGDDF) 2013-2018, encuentra al sector de la vivienda como uno de los elementos indispensables para la planeación urbana en la Ciudad, y considerando el número total de la población con el espacio territorial que constituye la Megalópolis, estima necesario trazar una estrategia que satisfaga esta necesidad primaria y generar las condiciones que permitan una política intensiva de producción y oferta de vivienda derivado del crecimiento poblacional que actualmente se presenta en esta Ciudad.

---

1 Para Horacio Landa el desarrollo urbano es el proceso de adecuación y ordenamiento, a través de la planeación del medio urbano, en sus aspectos físicos, económicos y sociales; implica además de la expansión física y demográfica, el incremento de las actividades productivas, la elevación de las condiciones socioeconómicas de la población, la conservación y mejoramiento del medio ambiente y el mantenimiento de las ciudades en buenas condiciones de funcionamiento. El desarrollo urbano persigue el equilibrio entre los aspectos físicos, económicos y sociales, siendo diferente del crecimiento parcial de algunos de estos que en ocasiones es interpretado como desarrollo. El desarrollo urbano debe ser concebido en forma integral con el desarrollo regional o territorial, ya que difícilmente se da en forma independiente. Landa, Horacio, Terminología de urbanismo, en México, CIDIV-INDECO, 1976.[en línea] http://www.hical.org/glosario_definicion.cfm?id_entrada=19.

2 INEGI, "Perfil Sociodemográfico: Estados Unidos Mexicanos: Censo de Población y Vivienda 2010", Obras complementarias publicadas por el INEGI sobre el tema:Principales resultados del Censo de Población y Vivienda 2010, México, 2013, ISBN 978-607-494-531-7, pag. 4, http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/perfil_socio/uem/702825047610_1.pdf

Lo anterior, se alinea con el eje número 4 denominado de la *Habitabilidad y Servicios, Espacio Público e Infraestructura* del PGDDF, que establece como meta la generación de condiciones adecuadas para que los hogares se encuentren cerca de las actividades cotidianas, ya sea escolar, laboral, recreativo, económico, y los recursos de los que se disponen, sean eficientes, mediante una correcta orientación del desarrollo urbano dirigido a la compactación y dinamismo de la Ciudad, a fin de favorecer la productividad e inversión y mejorar la infraestructura pública,[3] de tal forma que, la calidad de la habitabilidad, de los servicios, los espacios públicos y de la infraestructura incremente la calidad de vida de los habitantes.

Lo anterior, bajo la perspectiva de seguridad integral de las personas, toda vez que, la situación actual en la Ciudad de México, ha hecho que los individuos cada vez dejen de concurrir a lugares específicos o puntos de encuentro derivado de los niveles de inseguridad que persisten desde hace varios años en esta entidad, lo cual ha motivado a que el desarrollo urbano se adecue a esas circunstancias.

Por lo que, actualmente el desarrollo urbano e inmobiliario de la Ciudad ha optado por construir grandes complejos inmobiliarios que atiendan las necesidades habitacionales de sus residentes, como son los denominados proyectos comerciales mixtos, los que procuran la seguridad física, porque al interior de estos centros se pueden desarrollar distintas actividades de tipo social, corporativo, personal, laboral, habitacional y comercial, lo cual reduce el temor a ser víctimas de la inseguridad, porque el individuo no tiene que salir y/o trasladarse para satisfacer diversas necesidades, en estos complejos se tiene lo necesario.

En ese sentido, el presente trabajo tiene como objeto analizar la situación actual del desarrollo urbano en la Ciudad de México, mismo que en los últimos años se ha ido adecuando a la realidad social que se vive en esta ciudad, derivado de la edificación de complejos inmobiliarios inteligentes, que comprenden centros de trabajo, comerciales y habitacionales, lo cual impacta directamente, tanto al suelo urbano, como al ordenamiento territorial de la Ciudad de México.

Lo anterior, implica dos cuestiones, primero que, albergan la solución a las necesidades habitacionales y de seguridad de sus residentes, y segundo que, se evitan desplazamientos constantes inseguros debido a los altos índices de inseguridad que aquejan a esta ciudad, lo cual ha cultivado el temor entre la población logrando que vivan con una percepción de inseguridad y de pánico a ser víctimas de la violencia, esto último, lo hemos denominado como la teoría del miedo.

Para explicar esta propuesta y como se relaciona con el desarrollo urbano y la inseguridad en la Ciudad de México, se realiza una breve exposición del desarrollo urbano en la Ciudad de México, relacionado con los proyectos comerciales mixtos, establecer los fundamentos del derecho urbanístico y explicar cómo el factor de inseguridad se relaciona con el temor de los ciudadanos a concurrir a espacios abiertos y fuera de sus lugares de residencia debido al miedo de ser víctimas de la inseguridad, lo cual incide en sus aspectos personales, sociales y profesionales ya que éstos se pueden realizar, dentro de los desarrollos inmobiliarios complejos, como nueva alternativa a sus necesidades.

---

3 Programa General de Desarrollo del Distrito Federal 2013-2018, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 11 de septiembre de 2013, pp. 94-97, [en línea] http://www.iedf.org.mx/transparencia/art.14/14.f.01/marco.legal/PGDDF.pdf

Finalmente, explicaremos a manera de conclusión que, la teoría del miedo se basa en que los ciudadanos deciden asentarse en estos centros multifuncionales, derivado del temor a ser víctimas de la inseguridad que diariamente aqueja a esta Ciudad, lo cual se entiende debido a los niveles de violencia que se registran en la capital de México, por lo que, acuden a estas edificaciones complejas verticales a fin de evitar su desplazamiento y atender sus necesidades corporativas, habitacionales, sociales, comerciales y de movilidad en estos mismos espacios, los cuales, figuran como pequeñas ciudades dentro de una ciudad real y que están obteniendo resultados favorables ya que cuentan con soluciones prácticas, cercanas e inmediatas para sus habitantes.

II. EL DESARROLLO URBANO EN LA ACTUALIDAD

Para procurar el desarrollo urbano de la Ciudad, evidentemente se requiere del aceleramiento de la productividad y generación de inversión, para favorecer la planeación urbana, el ordenamiento territorial y la sustentabilidad, con la finalidad de generar las condiciones necesarias para que los habitantes logren un constante mejoramiento en su calidad de vida.

Las autoridades encuentran como solución la transformación dinámica y progresiva de la Ciudad de México, mediante el mejoramiento y modificación del suelo, a través de un desarrollo urbano ordenado y sustentable, con lo cual, se haría frente a otro problema complejo, como lo es la vivienda, el cual deberá ser alineado a la política pública de planeación urbana, derivado del crecimiento poblacional que presenta esa entidad.

Se considera que, lo anterior implicaría el aumento en la densidad de ocupación del suelo y de la altura de los inmuebles de vivienda, así como, de los medios que faciliten y estimulen la producción habitacional, lo cual requiere de proyectos habitacionales inteligentes que permitan la concentración de un número amplio de personas en un mismo espacio, lo cual se aprecia derivado de que, la tendencia actual del desarrollo habitacional en la Ciudad reviste estas características.

Sin embargo, estos proyectos habitacionales inteligentes han satisfecho las necesidades de vivienda de un número amplio de habitantes y su estructura física se integra por áreas comunes especiales que permiten un uso habitacional y comercial a la vez, lo que los convierte, en grandes complejos estructurales con tres o cuatro productos integrales funcionando todos al mismo tiempo, con el fin de evitar que sus residentes no se desplacen a otros espacios públicos y enfrenten otro tipo de problemáticas, dígase de movilidad, ambientales, o de inseguridad.

Estos complejos estructurales, reciben el nombre de desarrollos residenciales de usos mixtos,[4] los cuales son proyectos basados en fuentes favorables de alta plusvalía, compuestos por zonas residenciales, centros de trabajo o corporativos, hotelería y áreas comerciales, los cuales ocupan amplias extensiones territoriales, y a su vez, emplean técnicas arquitectónicas de vanguardia, estilo, tendencia y modernidad, lo cual hace a la ciudad atractiva a la vista de los habitantes, pero que a su vez, contrasta con sus antepasados y tradiciones que la caracterizan.

Estos complejos estructurales actualmente representan un margen de seguridad para sus residentes, ya que facilitan la organización y atención de sus actividades económicas, habitacionales,

4 LEE NÁJERA, J.L., "Los Conjuntos urbanos multifuncionales. Un nuevo tipo de barrios", Revista Casa del Tiempo, núm. 98, 2007, marzo-abril, pp. 2-7, p. 2.

sociales y profesionales o corporativas diarias en un mismo centro de actividades, evitando el desplazamiento a otros espacios públicos, lo que abona al mejoramiento de su calidad de vida, pues se crean las condiciones necesarias para un nivel de vida adecuado y de seguridad personal.

No debe pasar desapercibido frente a las nuevas tendencias del desarrollo urbano, la seguridad de las personas, lo que presenta un beneficio aparejado tanto de la calidad de vida, como del desarrollo urbano, ya que el resguardo de los residentes en estos complejos habitacionales permite que no se desplacen a otros lugares y realicen sus actividades al interior de estos centros.

Por un lado, se evita la exposición física y mental a diversos riegos que subsisten al exterior de sus hogares, como la inseguridad que aqueja a la Ciudad, lo que incide en la confianza en los lugares públicos y por lo tanto evitan su visita y, por otro lado, se beneficia al desarrollo habitacional y al espacio público ya que el suelo de la Ciudad va adquiriendo nuevas formas estructurales de acuerdo al tamaño que presenta la población actual.

Dichos desarrollos residenciales de usos mixtos actualmente se encuentran en plena expansión derivado de las soluciones que representa para los ciudadanos, los cuales evidentemente se encuentran sujetos a un marco jurídico específico, porque se trata de evidenciar que el desarrollo urbano en México implica el reconocimiento del derecho humano al desarrollo urbano sostenible (CPEUM, art. 25 y 26).

III. NOCIONES DE DERECHO URBANÍSTICO

En un inicio hacíamos referencia a las constantes modificaciones que se presentan en el suelo urbano de la Ciudad de México, derivado del crecimiento poblacional desmedido que se registra en esta entidad, lo que es una problemática de tipo urbanístico, y paralelamente de política social, ya que las condiciones actuales propician dos situaciones, la primera que, para cubrir las necesidades habitacionales para ese crecimiento desmedido de personas se requiere una política de desarrollo urbano sustentable y eficiente acorde con el tamaño de la población, con sus necesidades habitacionales y de movilidad, y segunda que el suelo de la ciudad sea adecuado, de tal forma que, satisfaga esas necesidades.

Lo anterior es así, con el fin de propiciar las condiciones adecuadas para que la política de desarrollo urbano atienda, además de las necesidades básicas de vivienda, el mejoramiento constante de la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual requiere el desarrollo de proyectos integrales que prevean estas condiciones, mismas que trascienden tanto al tipo suelo, como al desarrollo urbano.

Dicho impacto urbano y su desarrollo requiere de estar sujeto a un marco jurídico especial por el que se regulen los actos relacionados con la urbanización y su desarrollo, en ese sentido, se considera que el derecho urbanístico es el encargado de prever las situaciones jurídicas específicas afectadas por estos conceptos, porque se encarga de normar el suelo, los asentamientos poblacionales, las edificaciones, así como, los actos y cargas relacionadas con el desarrollo urbano entre los particulares y la administración pública.[5]

---

5 *Cfr*CARCELLER Fernández, A. Introducción al derecho urbanístico, Madrid, España, Tecnos, S.A., 1997, pp. 128, p. 17.

Bajo ese esquema, el derecho urbanístico se ubica dentro del derecho público como parte del derecho administrativo en específico, derivado de la naturaleza de la relación jurídica que se establece entre los individuos relacionados con el desarrollo urbano y la administración pública, por lo que, cuenta con su propio régimen jurídico, el cual regula las interacciones entre dichos sujetos de derecho con las autoridades, y que comprende una base constitucional, leyes en general y disposiciones jurídicas diversas y principios generales aplicables a estos actos.

Bajo ese orden de ideas, en nuestro país, al artículo 25 constitucional, señala que corresponde al Estado, mediante Ejecutivo Federal, la conducción de la planeación nacional del desarrollo, misma que debe garantizar un Estado integral y sustentable mediante la competitividad, el crecimiento económico, y una justa distribución del ingreso y la riqueza, el cual deberá tender a procurar la libertad y la dignidad de las personas.

Lo anterior, mediante un sistema de planeación del desarrollo nacional basado en los principios de solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad en el crecimiento de la economía, por el cual se contribuya a la democratización política, social y cultural de la nación (CPEUM, art. 26), lo que es establecido en el plan de desarrollo que la Federación, las Entidades federativas y los Municipios desarrollaran para tal efecto de forma concurrente y de acuerdo al nivel de gobierno de que se trate.

Los artículos constitucionales, son reglamentadas por la Ley de Planeación (LDP), la cual tiene por objeto establecer las normas y principios conforme a los cuales se ejecutará la Política de Planeación Nacional del Desarrollo, la que contempla el Sistema Nacional de Planeación Democrática, las bases para que el Ejecutivo Federal coordine sus actividades de planeación con las entidades federativas, la promoción de la participación de diversos grupos sociales, así como, las acciones necesarias para alcanzar los objetivos de los programas de planeación por parte de los particulares (LDP, art. 1).

Establece que, la política de planeación se fundará en los principios de democracia, soberanía, igualdad, respeto, federalismo, plusvalía, perspectiva de género y multiculturalismo, a efecto de alcanzar la transformación del país y de su realidad, lo cual estará de acuerdo con las normas, principios y objetivos que la CPEUM y las leyes aplicables establezcan para tal efecto (LDP, art. 3).

Además de la normatividad anterior, la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, reglamenta la base constitucional citada, ya que fija la regulación básica de coordinación y ordenamiento del uso territorial y de los asentamientos humanos, bajo la perspectiva de respeto a los derechos humanos, la concurrencia de la Federación, las entidades, los municipios y las demarcaciones territoriales en esta materia.

De acuerdo a la concurrencia entre los distintos órdenes de gobierno en esta materia, las leyes locales y los planes de desarrollo que deriven de éstas, estarán alineados al Plan Nacional de Desarrollo y conformarán el régimen jurídico regulador del desarrollo urbano en México

IV. LA INSEGURIDAD, COMO FACTOR DETERMINANTE

La inseguridad en nuestro país, ha aquejado tanto a la sociedad, como a las instituciones públicas, que paralelamente han afectado la infraestructura urbana, la economía, la política, la salud y

los derechos humanos principalmente, derivado de que los grupos delictivos, de forma conjunta o separada, han lastimado a la sociedad a través de actividades ilícitas que, han puesto en peligro los bienes jurídicos de los individuos y con ellos el de la sociedad.

Los datos arrojados en el último reporte sobre delitos de alto impacto[6] realizado por el Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad (ONCSJL), afirma que la inseguridad en México es de tipo estructural, y no de forma aislada, porque se manifiestan de distintas maneras y por diversos factores, teniendo efectos negativos, atomizados sobre la sociedad, las instituciones, la política de seguridad pública, la infraestructura y el desarrollo urbano.

Lo anterior, se manifiesta en la sociedad a través del temor a salir a las calles y exponer su integridad física frente a los grupos delictivos, toda vez que, la necesidad de cumplir con las obligaciones de tipo profesional, académica, comercial y social les orilla a desplazarse grandes distancias para satisfacer diversas necesidades, sin embargo, los distintos riegos que acechan la rutina de los ciudadanos los lleva a buscar nuevas opciones para no encontrarse en un estado de vulnerabilidad.

La falta de seguridad origina que la población se habitúe a vivir con temor e indefensa ante la violencia cotidiana asentada en el país, misma que se presenta de forma recurrente y lo cual se afirma derivado de la percepción de inseguridad que los habitantes conciben en su realidad social, tanto en la Ciudad de México, como a nivel nacional.[7]

Los índices de violencia se perciben intolerables y alarmantes entre la sociedad y las autoridades, lo que preocupa, ya que han afectado el estilo de vida y con ello las necesidades de buscar nuevas formas habitacionales y de desplazamiento, a fin de evitar riegos que incidan en la seguridad personal.

Lo anterior, se basa en los resultados de la última Encuesta Nacional de Seguridad Publica Urbana (ENSU) correspondiente al mes de marzo de esta anualidad, la cual muestra gráficamente la estimación relacionada con la percepción social sobre inseguridad pública, misma que en el primer trimestre reveló que el 72.9% de la población, con edad de 18 años y más, consideró vivir inseguro en su lugar de residencia habitual, la que al relacionarse con la última cifra estimada en el trimestre anterior (mes de diciembre de 2016 que, estimó un 74.1%) se encontró estadísticamente equivalente pero superior al nivel estimado en el mes de marzo del año anterior, en el cual la percepción social de inseguridad se colocó en el 69.9%, lo que, evidenció un incremento del 3% al cabo de un año.[8]

Las cifras anteriores, no solamente nos revelan la percepción social sobre inseguridad pública con la que conviven los mexicanos, sino, además que, los índices de violencia en nuestro país están

---

6 Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad (ONCSJL), "Reporte sobre delitos de alto impacto. Marzo 2017", México, 2017, ISSN: 2007-8943, pag. 80. https://drive.google.com/file/d/0ByOma7eqHEQ5aldxSFlfd0xzNWc/view

7 Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU) cifras correspondientes a marzo de 2017, publicada por el INEGI mediante el Comunicado de Prensa número 151/17, pp. 19, [en línea] http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/ensu/ensu2017_04.pdf

8 *Ibid*., p. 1.

ocasionado pánico generalizado entre la ciudadanía que ha motivado cambios en el estilo de vida y la búsqueda de alternativas que resuelvan su necesidad de seguridad.

Los ciudadanos viven con una sensación de pánico por la inseguridad que actualmente se vive en México, por lo que, están optando por modificar sus condiciones de vida, tanto habitacional, profesional, familiar y de movilidad, lo que trasciende al suelo y al desarrollo urbano de la Ciudad, porque éste debe ajustarse a la realidad de sus habitantes.

V. LA TEORÍA DEL PÁNICO

Lo antes expuesto, nos lleva a fundar y explicar la teoría del pánico propuesta al inicio del presente trabajo que, como tesis principal sostiene que los habitantes de la Ciudad de México en la actualidad deciden asentarse en novedosos desarrollos residenciales de usos mixtos verticales, conocidos como "*mini ciudades"* cuya forma obedece a viviendas, oficinas, locales comerciales y hotelería derivado del pánico que albergan de ser víctimas de la violencia e inseguridad que se vive en el país, lo cual está incidiendo en el desarrollo urbano de la Ciudad.

El pánico de salir a la calle o concurrir a determinados lugares ha hecho que opten por soluciones inmobiliarias, la que ofrece en una misma área el desarrollo de sus actividades sin el cuidado de desplazarse largas distancias y de ser víctimas de la inseguridad, con lo cual, el desarrollo urbano definitivamente se ha visto afectado porque la demanda de seguridad ha trazado la necesidad de realizar edificaciones con usos mixtos, lo cual ha modificado el suelo de la Ciudad, sin embargo, abonan a un crecimiento urbano más ordenado.

El desarrollo urbano de la Ciudad de México se está modificando constantemente, debido a las necesidades habitacionales de los ciudadanos, la cual se relaciona con la percepción de inseguridad que sienten, ya que al sentir pánico por la violencia generalizada en esa entidad, han optado por modificar sus condiciones habitacionales, laborales, sociales y de desplazamiento, para llevarlas a cabo únicamente en un centro de actividades, con el fin de evitar su exposición física y directa a la inseguridad, por el hecho de salir a las calles y ser víctima de ésta.

Por lo que toca a vivienda o *habitabilidad*, ha adquirido nuevas formas debido a los requerimientos básicos de los ciudadanos, como son bienes y servicios de primer contacto, lo cual que se encuentren a la menor distancia posible y concentrados en un mismo espacio, a fin de no concurrir a determinados lugares.

VI. CONCLUSIONES

Con lo antes expuesto, se explica que una de las causas que originan el contante desarrollo urbano en la ciudad se debe a la edificación masiva de desarrollos inmobiliarios de uso mixto como solución a la necesidad de nuevas formas seguras de habitabilidad de los ciudadanos, ya que estos espacios ofrecen la posibilidad de llevar a cabo en un mismo lugar sus actividades cotidianas y evitan su desplazamiento, lo cual se debe al pánico de ser víctimas de la inseguridad que aquejan a nuestro país.

Por lo anterior, se considera que los ciudadanos al vivir atemorizados constantemente, han optado por buscar alternativas seguras que satisfagan sus distintas necesidades, motivo por el que se

están inclinando al uso de espacios multifuncionales en los que realicen actividades diversas sin necesidad de concurrir a otros lugares y ser víctimas de la violencia en la ciudad.

Lo anterior, soluciona dos cuestiones, la seguridad de las personas, así como, sus necesidades primarias y secundarias, dígase de vivienda, laborales, sociales y comerciales, porque estos centros de actividades multifuncionales integran en un solo espacio todas estas opciones para su comodidad, seguridad y beneficio de sus habitantes.

Estos centros inteligentes, al ser una realidad en esta ciudad, han abierto la posibilidad para el auge del desarrollo urbano y del suelo en esta entidad, el cual invariablemente será modificado por estos gigantes de la arquitectura multifuncional, pues estas edificaciones ya son visibles en diversos puntos geográficos de la Megalópolis y su zona conurbada, como son Plaza Carso, Reforma 222, Parques Polanco, Centro Corporativo Coyoacán, Tecno Parque, Toreo Parque Central, Park Plaza en Santa Fe o Torre Mítikah, por citar algunos.

Ahora bien, estas modificaciones al suelo responden al impacto urbano que deriva del desarrollo inmobiliario en la ciudad, con la edificación de estos complejos de uso múltiple, los cuales representan un amplio nivel de inversión nacional y extranjera, esquemas de productividad, la concurrencia de desarrolladores inmobiliarios, ingresos para la economía pública, fuentes de empleos, lo cual implica el incremento de la plusvalía en el suelo de la ciudad, así como, la solución a la necesidad de seguridad personal, habitacional, de movilidad y de calidad de vida de las personas.

Sin embargo, y ante el inminente número de espacios inteligentes que se encuentran en vías de edificación en la Ciudad de México, nos cuestionamos lo siguiente: estamos preparados normativamente para enfrentar los efectos jurídicos que se deriven de la edificación de estos nuevos espacios en relación con los derechos patrimoniales de sus residentes; o bien, si contamos con la regulación local suficiente para normar la relación jurídica que se desprende de estos inmuebles y sus residentes.

Lo anterior, se deja sobre la mesa como punto abierto para el debate, ya que el régimen de uso mixto, al contemplar diversos regímenes, dígase habitacionales, comerciales o corporativos, abre la posibilidad a nuevos esquemas de derechos y obligaciones entre sus beneficiarios, así como, a leyes específicas que normen estas nuevas relaciones jurídicas, o bien, a los medios por los cuales se regulen los efectos jurídicos que devengan de este nuevo esquema, pues se considera que al concurrir diversos usos de estos espacios evidentemente concurren diversos intereses.

Además, del grave problema que existe de corrupción por parte de la autoridad administrativa, para permitir este tipo de edificaciones, las cuales en muchas ocasiones van en contra del uso de suelo permitido, lo que es soslayado por la autoridad.

Fuentes consultadas:

CARCELLER Fernández, A. Introducción al derecho urbanístico, Madrid, España, Tecnos, S.A., 1997, pp. 128.

Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU) cifras correspondientes a marzo de 2017, publicada por el INEGI mediante el Comunicado de Prensa número 151/17, pp. 19.

INEGI, “Perfil Sociodemográfico: Estados Unidos Mexicanos: Censo de Población y Vivienda 2010”, Obras complementarias publicadas por el INEGI sobre el tema: Principales resultados del Censo de Población y Vivienda 2010, México, 2013.

Landa, Horacio, Terminología de urbanismo en México, CIDIV-INDECO, 1976.

LEE NÁJERA, J.L., “Los Conjuntos urbanos multifuncionales. Un nuevo tipo de barrios”, Revista Casa del Tiempo, núm. 98, 2007, marzo-abril.

Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad (ONCSJL), “Reporte sobre delitos de alto impacto. Marzo 2017”, México, 2017, ISSN: 2007-8943.

Programa General de Desarrollo del Distrito Federal 2013-2018, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 11 de septiembre de 2013

Fuentes legislativas consultadas:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017, México.

Ley de Planeación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de enero de 1983.

Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2016.

LOS RETOS DEL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES DE GALICIA PARA COADYUVAR A LA BUENA ADMINISTRACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: NUEVOS INSTRUMENTOS Y DESARROLLO DE LAS CARTERAS DE SERVICIOS

Jacinto Álvarez Somoza
Licenciado en derecho por la Universidad de A Coruña.
Funcionario de la Escala Superior de Finanzas de la Comunidad Autónoma de Galicia
Subdirector General de Coordinación Administrativa. Consejería de Política Social.
Comunidad Autónoma de Galicia
Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Comunidad Autónoma de Galicia

I.- Punto de partida: Breve reseña de la situación de envejecimiento en Galicia y de su impacto económico en la contratación pública del sector de los servicios sociales
II.- El desarrollo de las carteras de servicios: Impacto de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre e impacto de la ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público de Galicia
III.- Nuevos instrumentos para la buena administración de la contratación
IV.- La Historia Social Única Electrónica

I.- Punto de partida. Breve reseña de la situación de envejecimiento en Galicia y de su impacto económico en la contratación pública del sector de los servicios sociales

La población de Galicia disminuyó un 1,77% en 2016 con respeto al Padrón de 2006 y la participación en el total nacional disminuyó en 0,35 puntos (5,84% en 2016). Especialmente, en las provincias de Lugo y Ourense se produjeron pérdidas de población del 5,63% y el 7,03% con respeto al padrón de 2006.

Por otra parte, Galicia presente un pronunciado envejecimiento, con una proporción de mayores de 65 años del 24,34%, por encima del promedio español que se sitúa en el 18,60%[1].

A mayores, Galicia presenta una clara desigualdad en la densidad de población que, siendo de 91,92 habitantes/km2 de promedio, se concentra principalmente en la costa y, especialmente, a lo largo del eje A Coruña-Santiago-Vigo.

Sin embargo, Galicia concentra 30.244 entidades singulares de población del total de 61.695 que existen en España, lo que provoca una baja densidad de población por núcleo poblacional, que en la comunidad autónoma gallega supone un promedio de 89,89 habitantes, frente a los 754,63 habitantes de promedio estatal.

Todo lo anterior condiciona de forma relevante la gestión de las políticas sociales de forma relevante.

1 Datos del INE y que forman parte de la Memoria del año 2016 de la Consejería de Política Social: https://libraria.xunta.gal/sites/default/files/downloads/publicacion/memoria_cps_2016.pdf

Con el anterior punto de partida, pueden plantearse algunas cuestiones a analizar brevemente en la presenta comunicación, entre otras:

- ¿Qué puede aportar la Consejería de competente en materia de Política Social?

- ¿Cómo desarrollar la estrategia para prestar servicios de calidad en un ámbito rural poblado con personas mayores y con poca densidad de población?

- ¿Cuál ha sido el impacto del desarrollo de Ley de dependencia (que por ejemplo en Galicia ha configurado como mayoritaria la prestación/libranza de "cuidados en el contorno", una figura que la ley fijaba como "excepcional")?

- ¿Son viables los servicios itinerantes y eficientes (y en la medida de lo posible financiados por "fondos europeos")?

II.- El desarrollo de las carteras de servicios. Impacto de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado

La publicación en diciembre de 2013 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, supuso una modificación de máxima intensidad del ordenamiento jurídico español.

Los servicios sociales no quedaron al margen de dicha modificación sino que sufrieron el impacto propio de un sector que aparentemente apenas se había adaptado a las antiguas directivas de servicios de la Unión Europea.

La Ley 20/2013 tiene por objeto de acuerdo con su artículo 1: *"(…) establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. En particular, tiene por objeto:*

- garantizar la integridad del orden económico

- y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado

- mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional

- garantizando su adecuada supervisión,

- de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución".

Los fundamentos de dicha ley, recogidos igualmente en el artículo 1, se concretan en:

- "(…) la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos,

- la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español,

- que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente,

- y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica".

Este ambicioso objetivo se desarrolla en los principios que buscan un cambio radical en la actividad económica española, en concreto los siguientes principios:

- No discriminación

- Cooperación y confianza mutua

- Necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las actividades competentes
- Eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional
- Simplificación de cargas
- Transparencia

Sin perjuicio del oportuno análisis de esta norma, que no procede en esta breve comunicación, sus efectos en el ámbito de los servicios sociales provocaron una "revolución" de la normativa vigente.

Esta modificación no ha estado exenta de ciertos problemas de definición y coordinación con otras Administraciones y de pequeñas adaptaciones para dar una mayor cobertura jurídica a los cambios propuestos.

Como ejemplo de lo anterior podemos citar el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General de Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público de Galicia, que estableció que será aplicable, en todo caso, el principio de eficacia nacional recogido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad del mercado.

De acuerdo con lo anterior, el régimen de autorización sólo será exigible en relación a los servicios sociales que conlleven prestaciones ligadas a la salud pública.

Dicho acuerdo, publicado en el BOE de 24 de octubre de 2014 (Resolución de 14 de octubre de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado), ha guiado la regulación posterior efectuada por la Comunidad Autónoma de Galicia

En concreto, Galicia asumió el objetivo de desarrollar el sistema de servicios sociales con base en una concepción de sistema de servicios agrupado en carteras "sectoriales".

A mayores, la Comunidad Autónoma adaptó sus leyes a la nueva regla general que fijaba la Ley 20/2013, con la autorización como "medida excepcional", y la declaración responsable y la comunicación previa como regla general.

Pero, todo lo anterior ¿qué efecto tiene o puede tener en la buena administración de la contratación pública?

Un efecto es obvio, y fundamental: clarificar y definir de manera pormenorizada el objeto de los contratos públicos en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Con esa clarificación o mejor definición, se consigue una doble consecuencia primordial:

- En primer lugar, dar una transparencia imprescindible a los usuarios y usuarias y a sus familias en el sector más importante para ellos, los servicios que atienden el cuidado de sus familiares en situación de dependencia o en cualquiera de las condiciones que los colocan en el ámbito de los servicios sociales (discapacidad, riesgo de exclusión, servicios a infancia y adolescencia, etc).

- En segundo lugar, dar una información veraz, concreta y completa a los operadores económicos en el desarrollo de sus actividades económicas, ya sea asumiendo contratos públicos, o en el libre ejercicio de sus actividades económicas.

Esto cobra si cabe más relevancia en el sector de servicios sociales, un sector con una participación muy relevante de entidades sin ánimo de lucro, a priori con una estructura de personal menos amplia y que debe disponer de la mejor información posible.

Cabe plantearse pues cómo ha plasmado la normativa de la Comunidad autónoma de Galicia estos cambios. Galicia ha partido en el desarrollo de su normativa de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, de la posterior Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia (además de las Leyes que han venido a desarrollar su sector respectivo: Familia, Inclusión, etc).

Además, y en el ámbito concreto de la Dependencia en Galicia, ha sido básico el Decreto 149/2013, de 5 de septiembre, por el que se define la cartera de servicios sociales para la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia y se determina el sistema de participación de las personas usuarias en la financiación de su coste, por cuanto fija como su objeto en el artículo 1 "*La definición de la cartera de servicios sociales para la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia*", y porque además recoge en su Anexo I una codificación de servicios de la Cartera, enumerando en su Anexo II las Modalidades y prestaciones incluidas en cada servicio.

Partiendo de dicha regulación, la Consejería de Política Social (y anteriormente la Consejería de Trabajo e Bienestar) ha desarrollado los siguientes decretos para cada área específica recogiendo los requisitos y condiciones de prestación de los servicios sociales y atribuyendo la claridad y transparencia necesaria para este ámbito de la contratación pública:

- Decreto 61/2016, de 11 de febrero, por el que se define la Cartera de servicios sociales de inclusión

- Decreto 192/2015, de 29 de octubre, por el que se define la Cartera de servicios sociales de familia, infancia y adolescencia,

Ambos decretos fueron publicados en el Diario Oficial de Galicia de 8 de junio de 2016.

En trámite en la actualidad se encuentran también los siguientes decretos que completarán en sus aspectos fundamentales el régimen jurídico gallego del sistema de servicios sociales:

- el decreto que desarrolla los requisitos de la cartera de servicios sociales para la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia,

- el nuevo decreto que regulará el régimen de inspección de los servicios sociales de Galicia, y que vendrá por tanto a substituir al ya obsoleto decreto 254/2011, de 23 de diciembre, por el que se regula el régimen de registro, autorización, acreditación e inspección de servicios sociales en Galicia

Para "*apuntalar*" este nuevo régimen jurídico, se ha estimado oportuno modificar algunos extremos adicionales, aprovechando para ello la tramitación de la Ley 6/2016, de 4 de mayo, de la

economía social de Galicia, así como alguna de las "*Leyes de acompañamiento*" a las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia de los últimos años.

III.- Nuevos instrumentos para la buena administración de la contratación

A finales del año 2015 y durante el primer trimestre de 2016, teniendo en cuenta las demandas que realizaban las entidades del sector de los servicios sociales, la Consejería de Política Social asumió un paso adelante en la mejora de las posibilidades para la gestión de los servicios sociales en Galicia por medio de una nueva modificación de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

Dicha modificación se plasmó en la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia para regular dos nuevos instrumentos jurídicos en el campo social:

- el concierto social y

- el acuerdo marco para la gestión de servicios sociales

El concierto social nace como figura que destaca y reconoce el papel que en este ámbito tienen las entidades de iniciativa social, dotándolas de un nuevo mecanismo que permita impulsar las relaciones entre las Administraciones Públicas y las entidades, al tiempo que dota de mayor seguridad jurídica las actividades económicas de este sector.

Podrán ser objeto de concierto social:

a) La reserva y la ocupación de plazas para uso exclusivo de las personas usuarias de servicios sociales de responsabilidad pública, el acceso a las cuáles sea autorizado por las administraciones públicas mediante la aplicación de los criterios previstos en la normativa de las administraciones competentes.

b) La gestión integral de prestaciones técnicas, tecnológicas, servicios o centros.

Constituye una modalidad diferenciada del concierto general recogida en el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público garantizando a su vez el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y privada

Todo lo anterior al amparo de las nuevas Directivas Comunitarias de Contratación, en particular a Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Por su parte, el Acuerdo Marco para la gestión de Servicios Sociales con las entidades prestadoras de servicios sociales surge con la finalidad de atender, de forma prioritaria y en la medida en que sea posible, a la libre elección de la persona destinataria del servicio.

A diferencia de los conciertos sociales, los acuerdos marco para la gestión de los servicios sociales, así como los contratos basados en dichos acuerdos, se rigen por lo previsto en la ley 13/2008, de 3 de diciembre, así como en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por lo

que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y demás normativa de contratación pública aplicable.

Una vez concluido el acuerdo marco para la gestión de servicios sociales, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación. Además, se preverá, en todo caso, que en la adjudicación de cada contrato derivado se tendrá en cuenta de forma prioritaria, en la medida de lo posible, la libre elección de las personas destinatarias del servicio de que se trate.

Esta Ley debería ser objeto de desarrollo reglamentario a lo largo del año 2017.

IV.- La Historia Social Única Electrónica

Por último, dentro de la presente comunicación resulta conveniente analizar la HSU (o HSUE), como comúnmente la hemos venido denominando desde un momento inicial en la Administración pública gallega.

Surge de la "*exitosa*" experiencia de la historia sanitaria en Galicia, éxito potenciado por una característica evidente de Galicia como es la dispersión de su población, y la dificultad que por ende se produce a la hora de prestar los servicios públicos, con garantías de eficiencia y en condiciones económicamente sostenibles.

Por ello, para obtener la mejor gestión posible y para facilitar la posibilidad de aplicar nuevos instrumentos de gestión de los servicios sociales en el rural gallego, es para lo que surge el proyecto de HSU. Potencia, más si es posible, el papel de las Administraciones Locales como "punto de entrada" en los servicios sociales y como administración de referencia por su proximidad a los ciudadanos.

Su efecto en la contratación pública será evidente: una mejor información permitirá una mejor gestión de los servicios y nuevas posibilidades de llevar a cabo proyectos de asistencia innovadores para superar las barreras que provoca la situación demográfica y de dispersión poblacional de Galicia.

La normativa básica de este *"instrumento"* es el Decreto 89/2016, de 30 de junio, por el que se regula la creación, el uso y el acceso a la Historia Social Única Electrónica.

Sin embargo, este decreto tiene una tramitación previa a lo largo de los años 2014-2016, que surge de un Acuerdo de Consello de la Xunta de finales de 2014 entre Amtega, la Consejería de Sanidad y la Consejería de Política Social (entonces de Trabajo y Bienestar) como principales actoras.

Lo que se planteaba por tanto no era otra cuestión que la necesaria coordinación sociosanitaria como "pilar" de los Servicios Públicos

En línea con lo anterior y con una "sociedad digital", la Amtega tiene como objetivos básicos la definición, el desarrollo y la ejecución de los instrumentos de la política de la Xunta de Galicia en el campo de las tecnologías de la información y la comunicación y la innovación y el desarrollo tecnológico.

En el marco de estas competencias, se elaboró el Plan Trabe de Modernización Tecnológica de los Servicios Sociales de Galicia, que establece la estrategia tecnológica del gobierno gallego en el ámbito de los servicios sociales. Dicho Plan fue aprobado por el Consello da Xunta de Galicia de 24 de octubre de 2013, y en él se recoge la creación de un sistema integrado de intercambio de información entre los sistemas sanitarios y los sistemas de servicios sociales.

Se recoge entre las actuaciones del Plan Trabe el desarrollo de la Historia social única, con la finalidad de integrar toda la información de la historia social del beneficiario.

Toda esta información tiene su origen en las diferentes aplicaciones y sistemas específicos que dan soporte a la gestión de cada una de esas ayudas y prestaciones (sistema de información gallego de atención a dependencia "SIGAD", sistema de información de gestión de las pensiones no contributivas y de las prestaciones de riesgo de exclusión social como la RISGA, sistema de información de gestión de reconocimiento del grado de discapacidad "CDI", sistema de información de usuarios de servicios sociales comunitarios "SIUSS", sistema de información de gestión del Plan Gallego de Inclusión Social "PGISII", ..).

Es por todo lo anterior que el Decreto por el que se crea la Historia Social Única Electrónica podría suponer el proyecto si cabe más ambicioso de los últimos años en Galicia en el campo de los servicios sociales.

El germen de la Historia Social se encuentra en las previsiones de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, y del Decreto 99/2012, de 16 de marzo, en relación con el expediente social básico único en el ámbito de los servicios comunitarios y con el sistema de información social básica de las personas usuarias de los servicios sociales, que obtendrían su desarrollo a través de la Historia Social Única Electrónica.

En este sentido, el expediente social básico será el punto de entrada habitual para la mayor parte de las personas usuarias del sistema gallego de servicios sociales, al constituir los servicios sociales comunitarios el acceso normalizado y el primer nivel de intervención del sistema, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre.

La apertura de un expediente social básico en los servicios sociales comunitarios o, en aquellos casos en que esté justificado, de cualquier otro expediente en el ámbito de los servicios sociales especializados, será motivo para que se habilite la Historia Social Única Electrónica del usuario/a y, a partir de ese momento, la información social relacionada con su persona quedará integrada y a disposición de los usuarios/as del sistema.

En este punto, en lo relativo a la confidencialidad de los datos y a la promoción de nuevos canales electrónicos de interacción con la ciudadanía, es necesario tener en cuenta a Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, su normativa de desarrollo y la reguladora de la Administración electrónica. El ordenamiento autonómico se completa con la reciente publicación de la orden de 29 de marzo de 2017 por la que se crea un nuevo fichero de datos de carácter personal correspondiente a la HSU.

La Historia Social Única electrónica facilita el manejo y la accesibilidad de la información y documentación social de la persona usuaria, con la finalidad de realizar una adecuada la intervención social.

Este nuevo soporte de trabajo hace necesario regular algunos aspectos referidos al manejo electrónico de información personal por parte de las administraciones, instituciones, entidades y profesionales implicadas en la atención social, lo que hace imprescindible establecer garantías totales de confidencialidad e integridad de los datos.

En conclusión, promueve la transferencia de información de conocimiento, tanto dentro del ámbito del sistema gallego de servicios sociales como con otros sistemas relacionados con el bienestar como pueden ser el sistema público de salud, el sistema público de educación o el sistema público de empleo; y busca como objetivo último optimizar los recursos públicos prestados a las personas usuarias que son comunes a los diferentes sistemas y que definen los ámbitos sociosanitario, socioeducativo y sociolaboral.

Esta transferencia podrá ser extensible a otros sistemas o áreas que presten servicios a las personas usuarias de los servicios sociales, tal y como recoge la normativa siempre que estos servicios se consideren dentro del ámbito de las políticas sociales, concretamente a las áreas de vivienda y de igualdad entre el hombre y la mujer, y estará supeditada a los protocolos de compartición de la información que sean de aplicación y con respeto a la normativa aplicable.

Pensemos en conclusión que la actuación de la administración debe estar cada vez mejor coordinada para asumir todas sus competencias (sirva como ejemplo una orden de ayudas o subvenciones para emplear a beneficiarios/as de ayudas y prestaciones sociales que exigiese continuamente a las personas solicitantes la misma documentación e innumerables trámites, con documentación "muy sensible", que además ya se encuentra en poder de la Administración, al menos en muchas ocasiones).

Por ello, después de completar y mejorar el contenido de la Historia Social Única Electrónica y las relaciones con las Administraciones locales para su uso, 2017 debería ser el año de su funcionamiento al 100%, modificando las relaciones de los usuarios y usuarias de servicios sociales con su Administración de referencia, local y/o autonómica.

La relevancia de la HSU y su puesta en funcionamiento completa permitirá nuevos proyectos, como por ejemplo los servicios itinerantes y eficientes en el rural gallego (que por ello serán atractivos para su financiamiento con fondos europeos, como el proyecto Symbios[2] - http://www.proxectosymbios.eu/es).

En conclusión, finalizado el período 2013-2016, en el que se ha producido un importante cambio en el sistema de servicios sociales, 2017-2020 debería ser el período en el que se concrete dicho cambio normativo en la realidad que afecta a las personas y a los servicios sociales que se les prestan, y que repercuta en la medida de lo posible en una mejor y más transparente gestión de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en dicho ámbito.

En el horizonte se plantea un posible debate que pueda producir el cambio de la Administración actual hacia una administración "*proactiva*", hacia una Administración que por ejemplo, teniendo

2 Symbios es un proyecto liderado por la Dirección General de Inclusión Social, enmarcado en el Eje 4 del Programa Operativo del FSE quiere facilitar un espacio transnacional de intercambio de conocimiento y práctica para conocer y difundir experiencias, proyectos y estrategias; y para formular, de manera participativa, propuestas y recomendaciones.

la información del nacimiento de un niño/a, evite en la medida de lo posible exigir del ciudadano/a que solicite "*formalmente*" una ayuda que la Administración le podría ofrecer y/o conceder de oficio con una adecuada gestión de la información entre sus departamentos.

Igualmente, debería permitir que la Administración pueda gestionar de la forma más rápida y eficaz posible las situaciones de riesgo de exclusión social que puedan padecer las personas o familias, ofreciendo inmediatamente los recursos necesarios y más adecuados. En este ámbito la mayor y mejor coordinación de datos y procedimientos con las administraciones locales, fundamentalmente a través de la HSU pero no solamente con dicho instrumento, debe ser el hito que marque una mejora muy sensible.

Evidentemente, ese debate y otros que surjan no pueden desconocer una serie de cuestiones muy relevantes que deben resolverse con carácter previo (finalización de la normativa pendiente, puesta en marcha de los procedimientos informáticos adecuados, etc), que deben permitir que la actividad de la Administración avance en el Área de Servicios Sociales, pero siempre de la forma más correcta posible. Y todo ello sin desconocer la realidad social y económica de Galicia.

LA DISCAPACIDAD. NECESIDAD DE NATURALIZAR EL CONCEPTO. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL EN EL PARAGUAY SOBRE LA MATERIA.

Ponente: Ab. Emilio Luis Fernando Fleitas Ocampos.*

En primer lugar, considero oportuno acudir permanentemente al concepto mismo de la discapacidad, no solamente a efectos de evaluar su alcance, sino con la finalidad de generar entre todos los actores sociales, el reconocimiento de lo que verdaderamente significa discapacidad. Es decir, reforzar e incorporar naturalmente en nuestro quehacer cotidiano, la noción de Discapacidad.

Para ello, tenemos que referirnos al concepto de Discapacidad, que se encuentra en el principal documento sobre la materia a nivel global, que es la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

La Convención reconoce a la discapacidad como "*un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*."

De ese concepto se desprende sus principales características. Como se podrá notar, no es un concepto rígido, duro, de una sola interpretación unívoca, sino que es un concepto "*que evoluciona*", en permanente cambio y actualización conforme al resultado de "*la interacción*" entre las personas "*con deficiencia*" – estas deficiencias pueden ser físicas, visuales, auditivas, intelectuales, sensoriales o combinación de ellas- y las "*barreras*" con que se encuentra esa persona con discapacidad en el día a día; barreras que pueden ser actitudinales o de infraestructura, urbanística, arquitectónicas y similares respecto del entorno físico del ambiente, que evitan o limitan su plena inserción en la sociedad como participantes de la misma.

Un ejemplo de ello sería la siguiente situación: el escenario es una reunión de varias personas en una mesa de debates, sobre temas que hacen al día a día en una empresa. Entre todas ellas

* Abogado por la Universidad Nacional de Asunción.
- Magíster en Gestión Pública y Derecho Económico por la Universidad de Salamanca, España
- Fue Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Asunción.
- Integrante del Pool de Abogados Analistas de la Unidad Jurídica del Banco Central del Paraguay. Abogado Senior.
- Socio fundador y Miembro de la Ong Parigual, que lucha por el respeto de los derechos de la PcDs
- Fundador del Club Yakaruedas de deportes adaptados de Paraguay, y es capitán de la Selección Paraguaya de Rugby en silla de ruedas.

se encuentra una persona en silla de ruedas, las demás podríamos llamarlas convencionales. La situación no reviste ningún tipo de especialidad, puesto que todas, sentadas en la mesa debatiendo y compartiendo ideas sobre el futuro de la empresa, nos muestra una posición de igualdad sin diferencias entre los participantes. Ahora bien, si cualquiera de ellas, pide a la persona que se encuentra en silla de ruedas, que le alcance una de las carpetas que se encuentra encima de un mueble de 1,80 de altura, es allí en donde aparece la limitación. Puesto que esa persona que posee una deficiencia motriz o física, no podrá ponerse en pie para alcanzar dicha carpeta. Por tanto, ese resultado de la interacción de la deficiencia con el ambiente que le rodea, es lo que produce o genera la situación de discapacidad.

Y es esta noción del alcance del término discapacidad, lo que debemos ir incorporando e introduciendo en la manera de pensar de toda la ciudadanía. Una vez conocido y naturalizado el concepto por parte de todos los integrantes de una grupo social, resultaría más fácil realizar las adecuaciones de ser necesarias, puesto que los diseños, en su origen, van a prever esta realidad.

Atendiendo a que el término que utiliza la Convención es "Personas con Discapacidad", para referirnos a las personas en esa situación, en Paraguay se necesita a mi criterio, hacer cambios sustanciales en materia de nuestra legislación, partiendo desde la propia Ley Fundamental para ajustar sus términos al concepto señalado.

La Constitución de la República del Paraguay, en el artículo que menciona a las personas con discapacidad, lo hace de la siguiente manera:

Art. 58 "De los derechos ***de las personas excepcionales****"*

"Se garantizará a ***las personas excepcionales*** *la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social.*

El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestara el cuidado especializado que requieran.

Se les reconocerá el disfrute de los derechos que esta Constitución otorga a todos los habitantes de la República, en igualdad de oportunidades, a fin de compensar sus desventajas."

La propia Carta Magna contiene una imprecisión conceptual que luego, podría desembocar en un desarrollo legislativo deficiente. Al realizar una interpretación de cuál sería la motivación que tuvieron los ciudadanos convencionales en la constituyente, para elegir ese término que finalmente quedó plasmado en la Constitución, me inclinaría a pensar que, la intención o por lo menos el alcance del término, por dar una idea, sería en el sentido de referirse a las personas con discapacidad como "*personas excepcionables*". Entiéndase este último concepto, a los efectos de esta presentación, como sujetos de una serie de excepciones a las reglas generales en cuanto al diseño legislativo, implementación de políticas públicas, y de las gestiones del gobierno en general para el ciudadano común.

De igual manera, se respeta la loable intención de ubicar a las personas con discapacidad como sujetos de aplicación de programas y políticas diferenciadas, pero el término escogido en su momento, se erige en una limitante si es que se llega a esa sola interpretación; puesto

que el rol del Estado, y de sus gobernantes, se limitaría a prever solamente esas situaciones de excepción.

Con eso, no se cumple la finalidad de la Convención de lograr que tanto el diseño de las políticas públicas, así como su implementación por parte del Estado, tenga un enfoque de visualizar a las personas con discapacidad como sujetos de derecho en todo su alcance, y de intentar plasmar en la realidad, una participación efectiva e integral en el desarrollo de su vida como un ciudadano en igualdad de condiciones con los demás.

Paraguay actualmente cuenta una serie de leyes que protegen algunos derechos o regulan situaciones que tienen que ver con la temática de la discapacidad, y en ese sentido, desde mi punto de vista, existe una dispersión normativa con poca regulación desde el punto de vista integral. No contamos con una ley general o ley marco sobre discapacidad.

Por señalar algunas, citaré algunas de las normativas legales con la que contamos y las áreas que abarcan, a modo referencial.

En el ámbito laboral tenemos la Ley 2479/2004 que establece la obligatoriedad de la incorporación de las PcDs con en las instituciones públicas. (Modif. Ley 3585/2008); y la Ley 4962/2013 que establece beneficios para los empleadores a efectos de incentivar la incorporación de PcDs en el sector privado, esta última con un casi nulo acompañamiento.

De forma general tenemos también la Ley 3540/2008, mediante la cual que se aprueba la Convención de las NNUU para las PcDs, y se internaliza la misma.

En referencia al lenguaje, contamos con la Ley 4336/2011, que establece la obligatoriedad del lenguaje de señas en los informativos o noticieros de los medios de comunicación audiovisual, que en la práctica simplemente es incumplida.

En cuanto al ámbito urbanístico, existe formalmente la Ley 4934/2013 de accesibilidad al medio físico para las personas con discapacidad.

Por ir citando otras, tenemos la Ley 5136/2013 de educación inclusiva y la Ley 5362 que aprueba el tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

En la realidad formal existen estas leyes, que sin entrar a detallar cada una en cuanto a pequeñas cuestiones que harían dificultosa su plena implementación, lo concreto y real es que las mismas, son ignoradas o cumplidas en forma deficiente.

En el último censo realizado en el año 2012, en donde por 1ra vez se incluyeron preguntas del Grupo Washington sobre estadísticas de discapacidad, los informes que hasta la fecha son preliminares, arrojaron las siguientes cifras: de un total de aproximadamente 6.800.000 habitantes en Paraguay, 514.000 son personas con discapacidad (7,5%). De este número, 275.000 son mujeres y 239.000 hombres.

Es preocupante que hasta la fecha, no existan los resultados oficiales. Además, los resultados preliminares no son considerados fiables, puesto que se detectaron que cierta cantidad – importante– de formularios llenados, no fueron realizados en forma correcta. Las ONGs especializadas

en el tema de la discapacidad, estiman que en promedio, en Paraguay, el porcentaje de personas con discapacidad alcanzan o superan el 10% de un total aproximado de 7.000.000 de habitantes.

Para ir finalizando mi intervención conforme al tiempo otorgado, creo que es conveniente impulsar desde nuestros roles para que la Administración Pública no limite su actuar únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para grupo de personas, y limitado solamente al acceso de las mismas al medio físico, sino que comprendan políticas y líneas de acción de carácter general, con un enfoque integral y transversal en los diseños.

Para ello, es menester que el propio Estado promueva acciones coordinadas y multisectoriales que garanticen el acceso pleno a la participación dentro de la sociedad, de este colectivo social históricamente excluido. Y para ello resulta importante cambiar el paradigma o estereotipo de ver a las PcDs como beneficiarios de caridad y no como sujetos de derechos en igualdad de condiciones con los demás.

Muchas gracias,

EL DERECHO DE LOS POSTORES AL ACCESO DEL EXPEDIENTE CONTRACTUAL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

Juan Carlos Moron Urbina[1]

Sumario: 1. El Derecho de acceso a la información del proceso de selección según los pliegos de concursos.- 1.1. Aspectos generales del acceso a la información publica.- 1.2. ¿Qué información es accesible al ciudadano por medio de este derecho? 2.- El acceso a la información durante los procesos de selección y como configurar su ejercicio.- 2.1. La legitimidad de quien solicita el acceso a la información.- 2.2. La oportunidad en que ese derecho se puede ejercer dentro del curso del proceso de selección.- 2.3. La información objeto del pedido de acceso durante el proceso licitario: informaciones propias de las entidades; privada presentada voluntariamente al proceso e información privada protegida por su naturaleza confidencial.- 2.3.1. Aspectos generales. 2.3.2. La confidencialidad de la información de secreto comercial presentada por el postor en su oferta; 2.3.3. El caso peruano: el tratamiento de la información confidencial suministrada por los postores a las entidades.- 2.4. La calificación de secreto de la información presentada y los supuestos que esto conlleva.- 3. Conclusiones.

1. El Derecho de acceso a la información del proceso de selección según los pliegos de los concursos.

1.1. Aspectos generales del acceso a la información pública.

Por los principios de transparencia y de acceso a la información de interés general, dentro del marco de una buena administración, el funcionamiento, la actuación y la estructura de la administración deben ser accesibles a todos los ciudadanos, de manera que éstos, salvo la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la información poseída por las entidades.

---

1 Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de San Martin de Porres, y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Echecopar. Email: juancarlos.moron@echecopar.com.pe

No cabe duda que nos encontramos en la época del auge de la búsqueda de la transparencia en la gestión pública que se manifiesta en diversos modos: los compromisos de las entidades de responder por la gestión, exigencia de procedimientos transparentes y de consulta en la formulación de decisiones de gobierno, incluyendo la respuesta oportuna y relevante a los cuestionamientos ciudadanos a las propuestas y a su implementación; normas y procedimientos coherentes para la implementación de políticas y el manejo de recursos públicos, incluyendo controles internos efectivos, y clara asignación de responsabilidades, el control externo posterior, calificado e independiente, que particularmente evalúe la implementación de políticas y la efectividad y eficiencia de los sistemas de administración, información y control interno, así como la verificación de resultados operativos, capacidad investigativa y de acusación bien desarrolladas y finalmente, la apertura al libre escrutinio de la prensa, de modo oportuno, responsable y competente en cuanto a políticas públicas, operaciones gubernamentales y su integridad. Todas estas expresiones de la búsqueda de transparencia, sirven para asegurar que en la provisión del servicio se respetan los derechos de los individuos (voz, elección, información, representación), valorar la participación en las decisiones que les afectan, construir confianza y legitimidad, así como prevenir o cuando menos limitar, la corrupción.

En dicha búsqueda, el derecho administrativo ha desarrollado una serie de instituciones jurídicas específicas, tales como: el acceso a los documentos e informaciones que obran en las entidades, la publicidad de las normas, actas y documentos de gestión pública, el deber de dar información sobre las políticas y acciones gubernamentales y las facilidades para comprender las decisiones públicas, la identificación del nombre de las autoridades públicas, las gestiones publicas participativas, la visibilidad de procesos organizativos y resultados y los impactos alcanzados, todos englobados ahora de un modo u otro, en el término moderno de la "buena administración".

Indudablemente una institución emblemática en la búsqueda de la transparencia, es el Derecho de Acceso a la Información en posesión de los poderes del Estado que como bien público su titularidad reside en la sociedad. En concreto, este derecho fundamental faculta a toda persona, sin distinción alguna a:

> "Solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido[2]. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)"[3]

Para ejercer dicho derecho, no resulta exigible acreditar un interés directo o una afectación personal para poder obtener la información solicitada. Basta su interés general propio de toda persona. Tampoco una vez obtenida la información, puede imponerse al ciudadano la limitación a la

---

2 El "Costo que suponga su pedido" implica que únicamente corresponde sufragar el importe correspondiente a los costos de reproducción de la información requerida. Cualquier costo adicional se entenderá como una restricción al ejercicio del derecho regulado por esta Ley, aplicándose las sanciones correspondientes. Por tanto, no pueden exigirse pagos especiales por concepto de "derecho de búsqueda o de información o pago por remuneraciones e infraestructura que pueda implicar la entrega de información, ni cualquier otro concepto ajeno a la reproducción".

3 Texto articulo 2 numeral 5) Constitución Política del Perú. También está reconocido en el artículo 13. ° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes vs. Chile, del 19 de setiembre del 2006, fundamento 77.

difusión, puesto que quien accede a información tiene, a su vez, derecho a divulgarla en forma tal que ésta circule en la sociedad para que la ciudadanía pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.

Igualmente, por su alcance, este derecho posee dos fases: una faz positiva, según la cual este derecho impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar; y, una Faz negativa, la cual exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa. [4] Por ello, el derecho también sirve para proteger afectaciones provenientes de la negación de su suministro sin existir razones constitucionalmente para ello, sino también cuando la información que la entidad proporciona sea fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada.

Como correlato, la faz positiva de este derecho apareja para las entidades un conjunto de obligaciones particulares, como por ejemplo, la de responder sustancialmente a las solicitudes dentro del plazo razonable, determinando si existe o no el derecho de acceso a la información solicitada, agotar los medios de búsqueda de la información, proveer la información requerida, y fundamentar expresamente la existencia de alguna causal para no acceder al pedido.

1.2. ¿Qué información es accesible al ciudadano por medio de este derecho?

La información a la que puede acceder cualquier ciudadano por este procedimiento es toda aquella que se encuentre bajo la custodia, administración o tenencia de la entidad, tanto la que ella misma produce como la que está obligada a producir, la que está bajo su poder; la información que capta, y la que está obligado a recolectar de otros en cumplimiento de sus funciones.

La información es accesible cualquiera sea su medio de soporte (contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital) y sin perjuicio de la antigüedad de su tenencia.

Sin embargo, el derecho no implica la: obligación de crear o producir información a pedido del solicitante, si no se cuenta con ella o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, la obligación de realizar evaluaciones o análisis de la información que posean, ni emitir algún tipo de manifestación de voluntad o valoración particular, respecto a la información que posee.

2. El acceso a la información durante los procesos de selección y como configurar su ejercicio.

No cabe duda que el ejercicio del derecho de acceso a la información dentro de un proceso de selección en curso participa de las mismas calidades y alcances de cuando es ejercido en otros ámbitos de la actuación gubernamental.

En esa medida podemos sintetizar que el derecho de acceso a la información en los procesos de selección corresponde a todos los postores del proceso hayan llegado a la final del proceso, hayan sido excluidos del mismo, e incluso permite ejercerlo a terceras personas aunque no hayan participado en el mismo, pudiendo o no haberlo hecho.

---

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1791-2002-HD/TC, fundamento 16.

El objeto de este derecho en el marco de los procesos de selección recae sobre el expediente de contratación íntegramente considerado, entendido como el conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a una determinada contratación, desde la decisión de adquirir o contratar hasta la culminación del contrato, incluyendo los documentos de la entidad, de otras entidades, y de los postores (adjudicatario, descalificados, inadmitidos, etc.), la información previa referida a las características técnicas, valor referencial, la disponibilidad presupuestal y su fuente de financiamiento, aunque dicha información no haya sido organizadas como expediente formal a esa fecha.

En cuanto a su alcance, e derecho no solo consiste en la posibilidad física de examinar el contenido del expediente, sino de obtener simultáneamente copia de los mismos documentos, cualquiera sea su suporte. Nótese que esta simultaneidad, impide la indebida práctica de permitir el acceso meramente físico al expediente pero diferir o condicionar a gestiones posteriores la obtención de copias del mismo para su correspondiente análisis y control

Un último aspecto a resaltar, es que en este escenario resalta particularmente el carácter instrumental o relacional[5] del derecho de acceso a la información como presupuesto o medio para ejercer otros derechos, como el del recurso o impugnación o valores constitucionales, como el combate a la corrupción[6]. En este caso, el derecho de acceso a la información es un instrumento indispensable que permite a los postores ejercer en tiempo, forma y calidad otro derecho como es el del recurso o impugnación para cuestionar en sede administrativa y judicial cualquier acción indebida de la entidad licitante o de otros postores y, en conjunto, el acceso a la información sirve de instrumento de control preventivo de actos indebidos y corrupción en la formación de los contratos estatales

Sin embargo, por las particularidades de los procesos de selección se necesita una adecuada regulación de su ejercicio en los pliegos y, para ello, consideramos, debe necesariamente diferenciar varias hipótesis y definir pautas de buena administración que hagan compatible esta exigencia con otros principios, valores y derechos también relevantes, como son la eficacia del proceso de selección seguido, la integridad, la prevención de prácticas indebidas por los interesados, y finalmente, el favorecimiento del control concurrente que este acceso a la información permite a los competidores.

En efecto, el acceso a la información dentro del proceso de selección debe ser oportuno de modo que funcione como un mecanismo de control del proceso más no como un desproporcionado instrumento para poner el riesgo la celeridad en la toma de decisiones internas en el proceso (ej. Definir admisibilidad de propuestas) y la necesidad publica demandada. A su vez, el acceso a la información del competidor debe ser compatibilizado con el derecho a la reserva de la información sujeta a secreto comercial que transparenta a la entidad, en su propuesta, la empresa competidora a la entidad. A su vez, el acceso a la información debe funcionar con prudencia para no transparentar información del proceso –o por lo menos no hacerlo en momentos impertinen-

5 EXP. N° 1797-2002-HD/TC, LIMA, WILO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, fund. 10.
6 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1271-2008-PH/TC

tes– porque puede funcionar como un instrumento favorecedor de prácticas incorrectas de los interesados y postores.

Si bien uno de los baluartes de la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas es la transparencia, debe estarse alerta a que "*en ciertas circunstancias, las medidas de fomento de la transparencia pueden facilitar la colusión entre los proveedores"*[7], permitiendo los acuerdos colusorios y dando las condiciones para que los coludidos identificar con quienes buscar acuerdos o controlen el cumplimiento del acuerdo. ¿Por ejemplo si bien es compatible con el acceso de la información conocer la relación de empresas que se han interesado en una convocatoria o son aptas para postular en el proceso, es dable que ello sea conocido antes que las empresas decidan presentar propuestas?

Aunque parezca un contrasentido, el aumento de la transparencia de la información de un proceso en curso pese a perseguir honestamente el objetivo de reducir la corrupción puede conducir a ampliar el margen de maniobra de prácticas anticompetitivas. Como advierten las Naciones Unidas[8], la supresión artificial de la incertidumbre sobre la actuación de los competidores tiende a eliminar per se la rivalidad competitiva ordinaria y permitir los acuerdos indebidos así como controlar mejor el cumplimiento del pacto por las empresas. Es conocido que *"las regulaciones que requieren que los participantes en un mercado publiquen información sobre sus niveles de precios o de producción pueden contribuir en buena medida a la formación de carteles, ya que un requisito clave para la operación de esta estructura de mercado es que sus participantes tengan un seguimiento eficaz de la conducta de sus competidores (o co-conspiradores en el mercado"*. [9]

Coincide con ello, respecto a la protección del secreto comercial, que también compone el principio de buena administración **RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ** cuando afirma claramente que:

> "(…) Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial o de la seguridad pública. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede ser consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso[10]

En ese contexto, habíamos anunciado que para el tratamiento debido al acceso a la información en el transcurso de un proceso de selección merecen diferenciarse tres aspectos:

• la legitimidad de quien solicita el acceso a la información;

---

7 OCDE, Foro Latinoamericano de Competencia, Sesión III – Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. Documento Base. Setiembre, 2012; p. 10.

8 Naciones Unidas. "La política de la competencia y las adquisiciones del sector pública". Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. Ginebra 2012. TD/B/C.1/ CLP/14

9 GOMEZ ASENCIO, Carlos; "La mejora regulatoria (better regulation): aplicaciones en materia de contratación pública". Tirant le Blanch, Valencia, 2013, p. 320.

10 Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime; "El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea". En Revista Euro latinoamericana de Derecho Administrativo VOL. 1 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2014 SANTA FE | ARGENTINA

- la oportunidad en que ese derecho puede ser ejercido dentro del curso del proceso de selección; y, finalmente,
- la información que es objeto del pedido de acceso.

2.1. La legitimidad de quien solicita el acceso a la información.

Como hemos mencionado antes, el derecho de acceso a la información en el transcurso del proceso de selección, puede ser ejercido tanto por quien posee interés directo y económico o moral en la información solicitada, como por quien no posee ninguna de esas características. Es decir, el pedido puede ser presentado por un postor dentro del mismo proceso o por un tercero ejerciendo el mismo derecho con un mero interés general de buen ciudadano (ej. periodista, gremio empresarial, empresa que aunque no hubiese postulado al proceso desea controlar su legalidad).

¿Existe alguna diferencia notable en ambas situaciones, si el régimen de acceso a la información indistintamente comprende ambos supuestos?

En nuestro modo de apreciar si existe una diferencia esencial, ya que el segundo sujeto además del ejercicio del derecho de acceso a la información e instrumental al control del proceso, ejerce un derecho confluyente: a su debido proceso, ya que con seguridad ha sido afectado por una decisión que considera ilegal y recíprocamente se ha beneficiado a otro postor, con más puntaje, admitiéndolo, convalidando defectos, etc. En ese sentido, la demanda de acceso a la información por parte de quien es un postor debe recibir un tratamiento prioritario, en búsqueda de no consumar la afectación que considera haber sido sujeto. Por su lado, el pedido de información realizado por quien no es parte de ese procedimiento, esto es un tercero, si bien debe ser atendido, merece ser tramitado conforme al régimen común del acceso a la información que entre nosotros está en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sin afectar la continuidad del proceso de selección.

En ese sentido, resulta contrario al principio de buen administración, que los pliegos encaminen el acceso a la información ejercicio por los postores hacia el régimen común del acceso a la información que conllevan plazos, instancias y formalidades ordinarias, cuando se corresponde una vía más bien especial y sumaria, compatible con el debido proceso y debido control de las actuaciones administrativas. Es pertinente recordar lo que a este respecto establece el régimen particular de acceso a información para administrados con legitimidad particular para contar con interés directo, en el artículo 160 de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

> Artículo 160.- Acceso a la información del expediente
>
> 160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. (…)
>
> 160.2 *El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.*

Este artículo sirve de marco supletorio a la regla especial de acceso a la información de los postores en compras públicas y que exige[11] formalidad mínima (pedido verbal en el acto de otorgamiento de la buena pro o por escrito al día siguiente), inmediatez (otorgarlo máximo el día posterior al pedido) y concentración (se pide al órgano competente y no por tramite documentario).

2.2. La oportunidad en que ese derecho se puede ejercer dentro del curso del proceso de selección.

Un segundo aspecto que amerita ponderar intereses es el momento en que se puede ejercer el derecho de acceso a los postores dentro de un proceso licitario en curso.

Lo ordinario es que el acceso a la información de cualquier ciclo administrativo se ejerce y se cumpla mirando únicamente el interés de quien lo pide: desde tantos días a partir del pedido que se presenta, sin además ninguna formalidad especial y en paralelo o ser tramitado por cuerda separada. Ello sucede en todos los casos, pero tratándose de un procedimiento de selección en curso, es necesario ponderarlo con el factor eficacia del procedimiento de selección dirigido a seleccionar la mejor propuesta para la entidad. Si el acceso fuera indiscriminado en cualquier momento y simultáneo por todos los interesados, ciertamente el proceso no avanzaría con celeridad. Por ello, la ponderación nos conduce a que el acceso al expediente se realice en un periodo especifico, después de haberse tomado la decisión de elegir la mejor propuesta, pero con la oportunidad suficiente para permitir cautelar el debido proceso de los postores no adjudicatarios antes que se perfeccione el contrato adjudicado.

En esa línea, el Reglamento de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado establece que el ejercicio de ese derecho dentro de los procesos de selección justamente se realiza después de adjudicado el contrato en adelante. Así, se expresa que:

> Artículo 40.- Acceso a la información
>
> Después de la apertura de los sobres que contienen las ofertas no debe darse a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro.
>
> Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los postores

11 Artículo 40.- Acceso a la información
Después de la apertura de los sobres que contienen las ofertas no debe darse a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro.
Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, *a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito*.
Asimismo, también puede solicitarse dicho acceso en el acto público de otorgamiento de buena pro, mediante la anotación de su solicitud en el acta.
En el caso de procedimientos convocados para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, luego de otorgada la buena pro no debe darse a conocer las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

al Expediente de Contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

Asimismo, también puede solicitarse dicho acceso en el acto público de otorgamiento de buena pro, mediante la anotación de su solicitud en el acta.

En el caso de procedimientos convocados para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, luego de otorgada la buena pro no debe darse a conocer las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano

La norma bajo comento claramente establece dos momentos distintos: una reservada que va desde la apertura de sobres hasta la publicación de la decisión con la adjudicación de la buena pro.[12] La segunda que precisamente se inicia una vez otorgada la buena pro, que es de acceso a terceros (aunque la norma parece permitir el acceso únicamente a postores, no cabe duda que una interpretación conforme a la Constitución, permite el acceso a la información a cualquier tercero), a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

Dado el carácter instrumental del derecho de acceso con relación con el derecho a impugnar la decisión si se estimare ilegal y al control oportuno del acto de corrupción, reviste capital importancia la celeridad del acceso y la suficiencia del acceso pleno a la información relevante. De ahí, que sea un riesgo la exigencia de pedir el acceso por escrito (sea aun en el acto público del otorgamiento de la buena pro, pese a que se dice que el acceso debe darse a más tardar el día siguiente del pedido. Es imperativo que el acceso sea permitido de inmediato al integro de la información del proceso, se acceda a la reproducción de la misma, la asistencia sea con especialistas para realizar el análisis in situ, la posibilidad de tomar copias, copiar archivos, y demás acciones involucradas en la finalidad de este derecho. [13]

Tan nefasto para la transparencia es que se deniegue el acceso de manera ilegal como que se le permita de manera extemporánea. Este es uno del aspecto débil de nuestra regulación al no establecer un mecanismo específico y eficiente para controlar las limitaciones de acceso a la información de los postores.

---

12 Esta posición se encuentra confirmada en la Opinión Nº 125-2012/DTN, en la que el Organismo Supervisor de Contrataciones Estatales ante consulta de Provias Nacional, concluyo afirmando "La normativa de contrataciones del Estado ha establecido que el derecho de los postores a acceder al contenido del expediente de contratación se origina una vez que ha sido otorgada la Buena Pro, momento a partir del cual estos pueden formular la respectiva solicitud a la Entidad". Compartiendo la posición, si debemos advertir que no es que el derecho del postor se origine únicamente a partir de ese momento, ya que el derecho lo tiene por sí mismo, sino que el momento para poder ejercerlo es luego la entidad elige el mejor proceso y no antes.

13 Hemos sabido de maniobras inconstitucionales para afectar este derecho que solo con ánimo de exponerlos a la vindicta pública enumeramos: sujetar el acceso a que se realicen los pagos por la reproducción de las copias de los documentos que no pueden ser cuantificados sin precisamente acceder a los documentos, hacer depender el acceso a la resolución favorable al pedido presentado por escrito de alguna autoridad superior, impedir el acceso al expediente con personal especializados, permitir el acceso únicamente a un recinto cerrado rechazando que el interesado lleve cámaras, libros de notas, lapiceros, etc.

En efecto, descartadas las alternativas comunes del habeas data o las denuncias al Sistema Nacional de Control por su poca inmediatez para permitir controlar una ilegal adjudicación, se ha regulado[14] la figura de "Dictamen sobre barreras de acceso" que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado puede emitir a pedido de la parte afectada cuando no se entrega copia de los documentos de procedimiento de selección a pesar de haberse efectuado el pago del derecho o se obstaculiza la lectura del expediente. Este procedimiento resulta ineficiente por varias razones: hace reposar en el afectado la carga de la prueba de la obstrucción mediante constataciones policiales, judiciales o notariales, y comprobantes de pago de tasas, tiene que ser plantearlo siguiendo un formulario expresamente aprobado para el efecto y reservarse el OSCE un plazo de hasta 30 días hábiles desde la solicitud para resolverlo. Es decir este dictamen, que además carece de efecto vinculante alguno, resulta emitido cuando se ha vencido en exceso el plazo para el perfeccionamiento del contrato y de interposición del recurso administrativo contra ello.

Más eficiente seria en esos casos admitir la interposición del recurso contra la adjudicación ilegal y permitir que una vez que el expediente suba a la autoridad competente para resolverlo se le permita al impugnante modificarlo o perfeccionarlo en función de la información que acceda ya en esta fase. Esta es la propuesta que nos trae el Anteproyecto de LCE español:

> Artículo 52. Acceso al expediente
>
> 1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.
>
> (…)
>
> *3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso en cuyo caso el órgano competente para resolverlo, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.*

2.3. La información objeto del pedido de acceso durante el proceso licitario: informaciones propias de las entidades, privada presentada voluntariamente al proceso e información privada protegida por su naturaleza confidencial.

2.3.1. Aspectos generales.

El derecho de acceso a la información en el marco de un proceso de selección en curso también amerita algunas precisiones en función de la información que sea objeto del pedido.

Si bien el derecho se ejerce por igual frente a la información que produce la entidad que respecto a la información entregada por los otros postores durante el proceso para acreditar sus credencia-

14 Directiva No. 0045-2017-OSCE/CD "Acciones de supervisión a pedido de parte"

les y hacerse merecedor a la buena pro (ej. factores de competencia, asignación de puntaje), en este último aspecto, debe diferenciarse entre la información privada que es de acceso público de aquella que es objeto de protección por la existencia de otros intereses, como el secreto bancario, comercial, industrial o de protección de datos personales.

En ese sentido, las reglas del proceso deberían distinguir el acceso a la información en tres supuestos:

IV) información propia de la entidad estatal u otras entidades (ej. Actas de comité de evaluación, bases, resoluciones de conformación del comité especial, presupuestos, estudio de mercado, etc.;

V) información de origen privado presentada al proceso pero no sujeta a restricción de acceso por parte de terceros; y,

VI) información de origen privado de acceso restringido aunque haya sido información presentada voluntariamente a ese proceso específicamente. (información confidencial)

No queda duda que respecto a la información generada por la entidad o proveniente de otras entidades no hay limitación alguna para su acceso. Respecto de estas no son argumentos atendibles para denegar el acceso, que su revelación resulte inconveniente para la autoridad o el Estado o le afecte en su imagen, si la revelación pueda comprometer políticamente a la autoridad o al Gobierno, cualquier consideración sobre la identidad del solicitante (ej. Nacionalidad, capacidad para apreciar la información solicitada), si la revelación de la información entorpezca el proceso de perfeccionamiento contractual o el cumplimiento de alguna de las funciones de la entidad, la mera oposición de terceros para la entrega de la información, si el volumen de la información es excesivo, si lo que se pide es frívolo o irrelevante a criterio del funcionario, si se trata de proyectos o documentos inconclusos o supuestamente de uso interno exclusivo, si son actos de la entidad, no sujetos a derecho administrativo o referidos a procedimientos en trámite.

La situación compleja surge respecto a accesibilidad a terceros de la información que los postores presentan al proceso, pues debe diferenciarse según aquella sea de acceso público o no, esto es, si está incursa o no dentro de la excepción de confidencialidad que se permiten en cada ordenamiento nacional.[15] En este caso, la confidencialidad de la información opera como un límite al derecho de los otros ciudadanos para acceder a la información con que ya dispone la administración por habérsela proporcionado el postor y no de un límite para conocer esa información por parte de la entidad convocante[16]

---

15 En este caso estamos frente a un caso específico de tensión entre el derecho de acceso a la información y la información confidencial por secreto comercia que los particulares proporcionan a las entidades públicas, cuya regla general se encuentra en el artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por DECRETO SUPREMO Nº 043-2003-PCM, que regula lo siguiente:
Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

16 El principio general del derecho de la confidencialidad opera en las relaciones con la administración en una doble dirección: i) en unos casos, limite el derecho de los ciudadanos a acceder a la información de que dispone la adminis-

2.3.2. La confidencialidad de la información de secreto comercial presentada por el postor en su oferta

Esta reedición en el escenario contractual público del debate entre acceso a la información pública y confidencialidad de la información presentada voluntariamente por los particulares en los procedimientos que les conciernen, no ha sido extraña a la propia regulación de la materia, pues encontramos ya regulación sobre este punto en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC,[17] la Comunidad Europea en su DRECTIVA COMUNITARIA 2014/24[18], España[19], Uruguay[20], entre otros ordenamientos de la especialidad.

---

tración , y en otros casos, recorta la potestad de la administración de solicitar a los ciudadanos determinados datos o información propia o de terceros, LAGUNA DE PAZ, José Carlos; "El principio de confidencialidad como limite a la difusión o acceso a la información", En. Colectivo, "El derecho público de la crisis económica, transparencia y sector público, Hacia un nuevo derecho administrativo", BLASCO ESTEVE, Avelino (Coordinador). INAP, Madrid, 2011, p. 587

17 La preocupación por esta materia la podemos encontrar desde el ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA OMC, cuyo texto revisado el 2012 indicaba:
Artículo XVII — Divulgación de información
(...)
No divulgación de información
2. No obstante cualquier otra disposición del presente Acuerdo, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.
3. Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que exige a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, que revele información confidencial, si esa divulgación pudiera:
a. Constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes;
b.ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores;
c. Lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual; o
d. Ser por otros motivos contraria al interés público.

18 Artículo 21.- Confidencialidad
1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.
2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

19 Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
Artículo 140. Confidencialidad.
1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.
2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor

20 Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera Decreto 150/012
Articulo 65.
(...)
Los oferentes que así lo deseen podrán requerir a la Administración que le facilite copia o archivo electrónico de las ofertas presentadas para su análisis. El costo será de cargo del peticionario. En el contenido de las ofertas se conside-

Nótese que la naturaleza confidencial de la información pretende su no conocimiento por parte de otros terceros, particularmente competidores, pero de modo alguno limita su conocimiento o análisis por parte de las autoridades administrativas competentes para ello (comité especial, autoridades superiores, Tribunal que resuelve controversias precontractuales u órganos de fiscalización), quienes si mantienen su capacidad de acceso, aunque manteniendo también el deber de no difusión frente a terceros.

Particularmente los principales supuestos de información confidencial los encontramos en los casos de secretos comerciales o empresariales[21], respecto los cuales la autoridad define si por haber sido entregados a la entidad de manera voluntaria –y no compulsiva- en el marco de un proceso de selección alcanzan por ello accesibilidad publica o, por el contrario, pese a eso preservan su carácter reservado y por ende no es accesible a terceros, como veremos a continuación. [22] Es este caso tendremos dos derechos en colisión: el acceso por parte de un postor descartado (descalificado, inadmitido o simplemente de menor puntaje) a la información del proceso y en particular de la información del postor elegido y el derecho a la confidencialidad de sus secretos comerciales del postor adjudicatario y que ha suministrado esa información en el convencimiento y confianza legítima que la autoridad se conducirá respetando esa reserva.

---

rarán informaciones confidenciales, siempre que sean entregadas en ese carácter (artículo 10 de la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008), la información de clientes, la que puede ser objeto de propiedad intelectual y aquellas de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezcan los pliegos únicos o, en su caso, el pliego particular. No se consideran confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta.

21 Es importante al respecto revisar la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que posee dos reglas relevantes para este tema:
Definir que es secreto empresarial cualquier información referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. A dicho efecto, Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. (art, 260) , y,
ii) Que no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial, sin embargo, no se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad. (art, 261)

22 La preocupación por esta materia la podemos encontrar desde el ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA OMC, cuyo texto revisado el 2012 indicaba:
Artículo XVII — Divulgación de información
(…)
No divulgación de información
2. No obstante cualquier otra disposición del presente Acuerdo, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.
3. Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que exige a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, que revele información confidencial, si esa divulgación pudiera:
a. Constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes;
b.ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores;
c. Lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual; o
d. Ser por otros motivos contraria al interés público.

Desde la perspectiva constitucional se han elaborado algunos criterios para solucionar esta antinomia entre los dos derechos constitucionales que nos pueden resultar útiles para nuestro escenario de contratación estatal.

- **Principio de Máxima divulgación y el derecho de acceso a la información como libertad preferida**[23]**:** Conforme a este principio, toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcional al interés que los justifica. Por tanto, en caso de Discrepancias o conflicto de normas, la ley de acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación". En esa misma línea, siendo una libertad preferida el acceso a la información, es exigible al Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información solicitada y, a su vez, que con tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De modo que si el Estado no justifica dicha existencia, la presunción que recae sobre la reserva debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad;
- **Las excepciones al derecho son situaciones excluyentes normativamente previstas** que facultan a la autoridad legítimamente a denegar el acceso a la información existente por proteger bienes constitucionalmente relevantes (seguridad nacional) y jurídicamente protegidos o derechos fundamentales vinculados a la vida privada de los titulares de la información (derecho a la intimidad personal y otros).
- **La tipicidad y proporcionalidad de la excepción,** dado que estas son creadas solo por Ley expresa teniendo un contenido taxativo y fundarse en la protección proporcional de otros derechos fundamentales y en razón de orden público relevante.
- **La interpretación restrictiva de las excepciones**.- Las excepciones son situaciones de interpretación restrictiva (no analogía ni interpretación extensiva).

---

23 Respecto al carácter de libertad preferida del derecho de acceso a la información el Tribunal Constitucional ha expuesto (Fund. Jur. N.° 11 de la STC N.° 1797-2002-HD/TC, que ello "(...) no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales [o con otros bienes constitucionalmente protegidos] se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica".
No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad.
Esta presunción se traduce en exigir al Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que con tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De modo que si el Estado no justifica dicha existencia, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; asimismo, ello implica que la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

- **La divisibilidad de la información exceptuada de la no exceptuada.-** Si un documento contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se mantendrá reserva sólo aquella parte que se considera reservada pero no al acto en su totalidad. En ese caso, es obligatorio entregar la información parcialmente accesible segregando la parte, párrafo o dato reservado.

- **La Exclusión del acceso público no afecta otros medios de transparencia.**- La excepción es respecto al derecho de acceso ciudadano de información, pero no al acceso del Congreso, Poder Judicial, Contraloría General, y Defensor del Pueblo.

Ahora bien, la información que resulta impedida de acceso a los demás postores, es aquella que califique estrictamente como Información confidencial por constituir secreto comercial, En particular resultan implicantes con secretos comerciales[24] la información para acreditar experiencia o

---

24 Respecto de los alcances del secreto comercial, los Lineamientos confidencialidad de la comisión de defensa de la libre competencia (aprobados por R. 027-2013/CLC-INDECOPI), consideran como información confidencial por ejemplo:

XV) La Descripción de funciones, cuando revela la estrategia comercial de la empresa, al exponer las labores que la empresa ha considerado determinantes para su desarrollo y su asignación al personal, en función de los objetivos que espera cumplir, por lo tanto, puede dar cuenta de la elaboración de estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado.

XVI) La Descripción de la política de precios, Cuando contiene precisiones acerca de las condiciones y criterios aplicados por la empresa solicitante para la determinación de sus precios.

XVII) Las políticas de descuentos, así como la descripción de los descuentos, exoneraciones otorgados / obtenidos respecto de los clientes / proveedores, cuando revela información sobre los clientes y aspectos de la relación comercial entre éstos y la empresa solicitante.

XVIII) La descripción de la relación con sus puntos de venta / agentes de distribución / proveedores, cuando permite apreciar las estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado. Asimismo, da a conocer el nivel de dependencia de la empresa solicitante respecto de sus distintos canales de distribución y venta.

XIX) Los Contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general), porque revelan condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores

XX) La Lista de clientes /proveedores /distribuidores, porque, puede constituir información relevante para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa solicitante. Asimismo, posee un valor comercial, cuya divulgación podría otorgar una ventaja indebida a sus competidores.

XXI) Participación porcentual de la venta de un producto específico respecto del total de sus ingresos o ventas dado que permite conocer la importancia de un producto determinado en los ingresos o ventas de una empresa y, por ende, su relevancia dentro de sus estrategias comerciales

XXII) Informes (de auditoria, económicos, contables, opinión técnica, estudios económicos elaborados por terceros, proyectos de inversión, de análisis o evaluación industrial), cuando cuentan con un valor comercial en sí mismos, al ser producto de una inversión económica directa realizada por la empresa solicitante con la finalidad de determinar sus políticas y estrategias comerciales. En ese sentido, su divulgación permitiría a los competidores beneficiarse indebidamente de la inversión realizada. Asimismo, la información utilizada para realizar estos informes puede reflejar estrategias o políticas comerciales de la solicitante, o su situación económica o financiera.

XXIII) Estadística mensual o anual de ingresos, cuando posee valor comercial, pues revela la situación económica de la empresa solicitante, así como su desempeño comercial.

XXIV) Detalle de los márgenes de utilidad, cuando permite inferir la evolución del desempeño y políticas comerciales de la empresa solicitante.

XXV) Costos (costos promedio, serie estadística de costos y costos de producción), porque permiten conocer la importancia de elementos clave en el proceso productivo (insumos) o en sus políticas comerciales, así como aquellos gastos en los que incurre para llevar a cabo su giro de negocio (gastos de publicidad, costos de comercialización, arrendamientos, etc.). Por lo tanto, es información que, de estar al alcance de sus competidores, podría otorgarles una ventaja indebida.

determinadas habilidades especiales según se soliciten para acreditar el cumplimiento de determinadas condiciones y consiguientemente recibir puntaje favorable,

Son ejemplos recurrentes de información sensible y de difícil calificación a priori cuando se solicitan a los postores presentar para calificación:

Planes de trabajo a la medida del proyecto con descripción de funciones, cuando revela la estrategia comercial de la empresa, dando cuenta de estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado;

La Descripción de la política de precios cuando contiene precisiones acerca de las condiciones y criterios aplicados por la empresa solicitante para la determinación de sus precios;

Los contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general) con clientes privados porque revelan condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores que no deberían ser conocidos por la competencia;

La Lista de clientes /proveedores /distribuidores, porque, puede constituir información relevante para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa solicitante;

La participación porcentual de la venta de un producto específico respecto del total de sus ingresos o ventas dado que permite conocer la importancia de un producto determinado en los ingresos o ventas de una empresa y, por ende, su relevancia dentro de sus estrategias comerciales;

El detalle de los márgenes de utilidad, cuando permite inferir la evolución del desempeño y políticas comerciales de la empresa solicitante;

La costos de producción del bien que ofrecer porque permiten conocer la importancia de elementos clave en el proceso productivo (insumos) o en sus políticas comerciales, así como aquellos gastos en los que incurre para llevar a cabo su giro de negocio (gastos de publicidad, costos de comercialización, arrendamientos, etc.); y,

Las Facturas, cuando permitan apreciar las políticas comerciales específicas, como la política de otorgamiento de líneas de crédito y de descuentos a clientes específicos.

2.3.2. El caso peruano: el tratamiento de la información confidencial suministrada por los postores a las entidades.

El tratamiento dispensado por la normativa nacional a la no acceso público de la información comercial de los postores lo encontramos en el Reglamento de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que

---

XXVI) Facturas, cuando permitan apreciar las políticas comerciales específicas, como la política de otorgamiento de líneas de crédito y de descuentos.

XXVII) Stock / Inventarios, Cuando revela la capacidad operativa de la empresa solicitante y su posible estrategia comercial.

XXVIII) Proceso productivo, cuando detalla el modo en el que la empresa solicitante emplea sus recursos (insumos, capital, maquinaria, etc.) para desarrollar su actividad comercial. Asimismo, refleja aspectos particulares de su actividad de producción como el know how.

> "Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito".

Si bien resulta clara la mención a la reserva de la información confidencial, no queda claro el procedimiento a seguir para ello. Una revisión literal parece indicarnos que será de cargo de la autoridad a cargo del expediente apreciar y resolver de oficio si alguna información presentada por los postores y determinar su carácter confidencial o no.

Pero, cuando revisamos los instrumentos internacionales que también rigen el país, aunque para determinados contratos en función de los umbrales, tipos de entidades y naturaleza de los contratos apreciamos que aparece el carácter rogado de la calificación. En efecto, así el Tratados de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, en el que se establece, la regla de la No Divulgación de la Información (9.13)

> "2. Ninguna Parte, entidad contratante o autoridad de revisión, a la que se hace referencia en el Artículo 9.11, podrá revelar información que la persona que la proporcionó haya designado como confidencial de conformidad con la legislación doméstica, salvo que se cuente con la autorización de dicha persona".

En similares términos el TLC con Unión Europea:

> "3. Ninguna disposición de este Título se interpretará en el sentido de exigir a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, revelar información confidencial, si esa divulgación pudiera constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes, pudiera perjudicar la competencia leal entre proveedores, perjudicara los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual, o sea de otra manera contraria al interés público".

Otro modo de regulación de este mismo tema, lo podemos ubicar en el Tratado de Libre Comercio con Costa Rica, en el que establece:

> ***No Divulgación de Información***
>
> 2. Ninguna Parte, incluyendo sus entidades contratantes, autoridades u órganos de revisión, podrá revelar información que la persona que la proporcionó haya designado como confidencial, de conformidad con su legislación nacional, salvo que se cuente con la autorización de dicha persona.
>
> 3. Sin perjuicio de cualquier otra disposición de este Capítulo, ninguna Parte, incluyendo sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.
>
> 4. Ninguna disposición en este Capítulo será interpretada en el sentido de obligar a una Parte, incluyendo sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, a divulgar información confidencial bajo este Capítulo, si esa divulgación pudiera:
>
> (a) impedir el cumplimiento de la ley;
>
> (b) perjudicar la competencia leal entre proveedores;
>
> (c) perjudicar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluyendo la protección de la propiedad intelectual; o
>
> (d) ser de otra manera contraria al interés público.

Como se puede apreciar estamos aquí frente al conflicto entre los derechos de acceso a la información y de confidencialidad de la información comercial de los postores, ambos valores cubiertos por la buena administración. Así la información confidencial por secreto comercial es una excepción a la regla de acceso al expediente, y por ello se regula por las reglas que ya comentamos antes (situaciones excluyentes normativamente previstas, tipicidad y proporcionalidad de la excepción, interpretación restrictiva, divisibilidad de la información y no exclusión de otros medios de transparencia).

2.4. La calificación de secreto de la información presentada y los supuestos que esto conlleva.

Una de las particularidades del tratamiento de la información confidencial en las fuentes supranacionales vigentes en el Perú, es el carácter rogado[25] de la protección de la información y, no opera de modo automático de cargo del funcionario a cargo de resolver el pedido de acceso a la información. Esto indica que la protección se produce ante el pedido suficientemente justificado del propio postor efectuado al presentar la oferta respecto a la confidencialidad de determinados extremos de su propuesta

En esa línea, para la concreción de esta excepción se necesita partir de la "calificación de la confidencialidad por el titular del derecho"[26] pues es quien presenta su proposición quien conoce el grado de accesibilidad que desea dar a sus documentos de conformidad con el régimen normativo aplicable a la materia. Así, conforme reconoce la doctrina la "empresa debe calificar como confidenciales determinados documentos aportados o parte de ellos. El poder adjudicador no puede calificar de oficio ciertos documentos como confidenciales si no lo ha efectuado la empresa que los ha presentado"[27]

Como se puede apreciar esta regla aporta la necesidad que sea el propio postor suministrante de la información –y no la entidad licitante– quien al momento de entregarla proceda a calificarla como confidencial, de manera clara y formal –con extensión total o parcial–, y a pedir a la entidad convocante que mantenga esa reserva. Será únicamente a partir de ahí, que la entidad realiza un ponderado análisis sobre el alcance inaccesible de la información para los terceros, aunque sean competidores en el mismo proceso.

Para poder armonizar el principio de buena administración en este tema, es menester que la decisión de limitar el acceso a la información basada en su carácter confidencial, deba motivarse analizando caso concreto, ponderando si la afectación a la vida privada O intimidad sea de tal magnitud, que, en su colisión con el derecho de acceso a información, permita restringirlo.

Este análisis aunque parte de la calificación del propio postor sobre el carácter de secreto comercial de la información, pasa por la calificación que la autoridad debe hacer de esa subsunción y además analizar si la revelación de la información, en el caso concreto, genera o puede razona-

25 LAGUNA DE PAZ, José Carlos; op. Cit., p. 591.

26 RAZQUIN LIZARRAGA, Martin Maria; La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las administraciones públicas (Unión Europea y España). Iustel, Madrid, 2013, p. 236

27 RAZQUIN LIZARRAGA, Martin Maria; Op. Cit. , p. 237.

blemente dañar sustancialmente al titular de la información (ej. Posición competitiva, interés de la privacidad). [28]

Es dable preguntarse si "el órgano de contratación puede rechazar la declaración o manifestación de confidencialidad expresada por una empresa, por entender que excede de la protección expresa en este precepto legal. Y la respuesta debe ser positiva para el caso de que la declaración de confidencialidad no se corresponda con los ámbitos de protección señalados, en definitiva, cuando no se halle amparada bajo el concepto de secreto empresarial"[29] Es decir, a la declaración de confidencialidad de su propia información le sigue una actuación responsable del funcionario le siguen una actuación responsable de funcionario público a cargo del expediente quien se encuentra en la competencia suficiente para analizar la real cobertura de esa información y si merece la calificación de confidencial conforme al ordenamiento jurídico. Esta decisión es producida por el funcionario bajo su propia responsabilidad dado que constituye falta administrativa sancionable permitir el acceso a terceros de información confidencial que se tiene bajo custodia.[30]

En el derecho comparado[31] es posible rescatar algún conjunto de criterios que bien pueden ser trasladados a nuestro país, para comprender los alcances de esta dilucidación entre acceso y confidencialidad de la información de los postores en el marco de las contrataciones estatales. Las más importantes son: i) La calificación de confidencial por secreto comercial no puede extenderse a toda la propuesta presentada pues ello comprendería fraude a la ley; ii) Es de cargo de la proponente calificar y sustentar las razones por la cuales se entiende que una determina parte de

---

28 Un caso similar fue resuelto por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.° 0283 8-2009-PHD/TC, INFORMA DEL PERÚ INFORMACIÓN ECONÓMICA, cuando planteo un habeas data para obtener por acceso a la información de los Balances Generales y los Estados de Ganancias y Pérdidas de las empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores. Ahí, el Tribunal Constitucional decidió denegar el acceso a la información, bajo el razonamiento siguiente:
"Por lo tanto, si bien los particulares que se inscriben en el Registro Nacional de Proveedores entregan a la Administración determinada documentación contable a fin de demostrar tanto la solvencia económica como el volumen de operaciones de los postores a efectos de que el Estado elija la mejor opción existente en el mercado en aras de satisfacer el interés público en juego en cumplimiento de lo establecido en materia de adquisiciones y contrataciones estatales; ello no significa que dicha información de carácter privado pase al dominio público, por cuanto dicha entrega se realiza en conformidad con lo establecido por el Ordenamiento Jurídico y sin que medie consentimiento del particular en divulgar tal información.
En todo caso, aun cuando el suministro de la información requerida incremente la eficiencia del mercado, el logro de tal objetivo no puede realizarse a costa de sacrificar completamente otros bienes constitucionales igualmente legítimos. En consecuencia, corresponde confirmar la recurrida al no haberse vulnerado el derecho fundamental de acceso a la información pública invocado por la recurrente".

29 RAZQUIN LIZARRAGA, Martin Maria; Op. Cit. , p. 276.

30 Artículo 259.- Faltas administrativas
259.1 Las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurren en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de:
10. Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 160.1 de esta Ley.

31 Seguimos en este punta los doctrina sustentada mediante diversas Resoluciones por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en España Véase al respecto, RODRIGUEZ BAJON, Santiago; Doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", Thomson Reuters, Primera Edición, 2016, Editorial Aranzadi. También puede revisarse al respecto, OLIVARES HORTAL, Antonia; "CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACION PUBLICA".Gabilex Nº 7, Septiembre 2016, www.gabilex.jccm.es

la documentación presentada reviste ese carácter; iii) la entidad convocante no queda vinculado a la calificación realizada por el proponente, sino que debe realizar un análisis crítico respecto de ella y corroborar si los extremos señalados por el postor merecen tal calificación; iii) La calificación de secreto comercial se basan en las reglas jurídicas que lo desarrollan y no a la voluntad de las partes, por lo que no surten efectos como tales los acuerdos privados que califican como secreto comercial al margen del ordenamiento; iv) la calificación de secreto puede ser aplicable a información que no es accesible al público, de modo que no puede negarse acceso a documentos que de otra forma pueden ser consultados por terceros (ej. Contratos con otras entidades del estado) sino únicamente los referidos a relaciones con otros particulares (ej. Contratos con sus proveedores u otras empresas); v) La decisión administrativa de calificar como reserva algún extremos de la propuesta adjudicado debe ser suficientemente motivada, indicando porque reviste ese carácter e identificando que concreto derecho o interés se puede ver afectado por el acceso a terceros; en esa medida, no bastan la mera declaración de confidencial planteado por el postor adjudicatario.

3. Conclusiones.

3.1. El ámbito de las contrataciones estatales el derecho de acceso a la información del expediente de contratación muestra las mismas características jurídicas posee en otros ámbitos, tales como ser una libertad preferida respecto a otras, ser un derecho instrumental al servicio de otros derechos y principios constitucionales (transparencia, derecho al recurso, control de la corrupción, etc.,) y ser limitable frente a otros derechos, como es el de la reserva o confidencialidad comercial, entre otros.

3.2. Este derecho en los procesos de selección corresponde a todos los postores del proceso hayan llegado a la final del proceso, hayan sido excluidos del mismo, e incluso permite ejercerlo a terceras personas aunque no hayan participado en el mismo, pudiendo o no haberlo hecho.

3.3. El objeto de este derecho en el marco de los procesos de selección permite acceder, recabar y reproducir en todo o en parte el expediente de contratación íntegramente considerado, entendido como el conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a una determinada contratación, desde la decisión de adquirir o contratar hasta la culminación del contrato, incluyendo los documentos de la entidad, de otras entidades, y de los postores (adjudicatario, descalificados, inadmitidos, etc.), la información previa referida a las características técnicas, valor referencial, la disponibilidad presupuestal y su fuente de financiamiento, aunque dicha información no haya sido organizadas como expediente formal a esa fecha y cualquiera sea su medio de soporte (contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital) y sin perjuicio de la antigüedad de su tenencia.

3.4. El diseño del procedimiento para el acceso a la información de procesos de selección posee algunas particularidades de ponderación respecto de otros principios de buena administración como ética, eficacia y protección a la privacidad de la información de los participantes. Por ello, el ejercicio del derecho al acceso a la información en los pliegos debe considerar: la legitimidad de quien solicita el acceso a la información (es distinto si lo plantea un tercero o un postor en el proceso), la oportunidad en que ese derecho puede ser ejercido dentro del curso del proceso de selección (dado que tiene que articularse con el principio de eficacia del

proceso licitario) y, finalmente, diferenciar según la información que sea objeto del pedido de acceso se corresponda con información de las entidades (la convocante u otra), información de los postores que sea de libre acceso, e información de los postores de acceso restringido por razones de secreto comercial o similares.

3.5. Uno de los defectos del ordenamiento nacional es no contar con un mecanismo eficiente para permitir enfrentar las afectaciones al derecho de acceso a la información. No cumple con este objetivo el denominado "Dictamen sobre barreras de acceso" que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado emite, por ser formal, ineficaz y de resultado extemporáneo para el ejercicio del derecho al recurso contra la adjudicación que se considera que afecta sus intereses.

3.6. El conflicto entre el derecho de acceso a la información del postro adjudicatario y el de este, por mantener fuera de la exposición pública aquella información que considere de secreto comercial es común la realidad administrativa y ha sido objeto de regulación apropiada mediante los convenios de apertura comercial con otros países.

3.7. La información que los postees presentan en sus propuestas en búsqueda de calificar y obtener la buena pro es susceptible de ser calificadas como secreto comercial como cuando se presenta: planes de trabajo a la medida del proyecto con descripción de funciones, cuando revela la estrategia comercial de la empresa, dando cuenta de estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado; la Descripción de la política de precios cuando contiene precisiones acerca de las condiciones y criterios aplicados por la empresa solicitante para la determinación de sus precios; los contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general) con clientes privados cuando revelan condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores que no deberían ser conocidos por la competencia; la Lista de clientes /proveedores /distribuidores, porque, puede constituir información relevante para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa solicitante; las Facturas, cuando permitan apreciar las políticas comerciales específicas, como la política de otorgamiento de líneas de crédito y de descuentos a clientes específicos, entre otros.

3.8. La regulación contenida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado sobre esta materia, es discreta pues se limita a señalar el acceso como regla y al secreto comercial, como uno de sus excepciones.

3.9. Como es un estándar internacional la consideración de inaccesibilidad de la información calificada como secreto comercial, algunos de los criterios aplicables son los siguientes: Las más importantes son: i) La calificación de confidencial por secreto comercial no puede extenderse a toda la propuesta presentada pues ello comprendería fraude a la ley; ii) Es de cargo de la proponente calificar y sustentar las razones por la cuales se entiende que una determina parte de la documentación presentada reviste ese carácter; iii) la entidad convocante no queda vinculado a la calificación realizada por el proponente, sino que debe realizar un análisis crítico respecto de ella y corroborar si los extremos señalados por el postor merecen tal calificación; iii) La calificación de secreto comercial se basan en las reglas jurídicas que lo desarrollan y

no a la voluntad de las partes, por lo que no surten efectos como tales los acuerdos privados que califican como secreto comercial al margen del ordenamiento; iv) la calificación de secreto puede ser aplicable a información que no es accesible al público, de modo que no puede negarse acceso a documentos que de otra forma pueden ser consultados por terceros (ej. Contratos con otras entidades del estado) sino únicamente los referidos a relaciones con otros particulares (ej. Contratos con sus proveedores u otras empresas); v) La decisión administrativa de calificar como reserva algún extremos de la propuesta adjudicado debe ser suficientemente motivada, indicando porque reviste ese carácter e identificando que concreto derecho o interés se puede ver afectado por el acceso a terceros; en esa medida, no bastan la mera declaración de confidencial planteado por el postor adjudicatario.

Lima, 18 de marzo de 2017

SERVICIOS SOCIALES EN LA CIUDAD DE MÉXICO: EL CASO DEL PROGRAMA PENSIÓN ALIMENTARIA PARA ADULTOS MAYORES DE 68 AÑOS, RESIDENTES EN EL DISTRITO FEDERAL

Oliver Castañeda Correa
Maestro
Universidad Nacional Autónoma de México

Ante el actual interés por el reconocimiento del derecho fundamental a la buena administración[1] y la consecuente responsabilidad de garantizar la promoción y defensa de los derechos y principios que se deriven de este, encontramos a los derechos sociales. Estos derechos buscan materializarse a través de políticas públicas, programas, proyectos y acciones diseñadas por los gobiernos para generar un proceso de cambio social deliberado que mejore las oportunidades y los niveles de vida de la población.

En general, los gobiernos tienen la responsabilidad de impulsar el desarrollo social[2] y de brindar protección social[3] como mecanismos complementarios enfocados al ámbito de la asistencia social comúnmente dirigidos a ciertos grupos o sectores de la población que se consideran vulnerables o que difícilmente pueden acceder a servicios gubernamentales en ejercicio de sus derechos sociales (alimentación, salud, vivienda y educación, entre otros).

Uno de los retos que se ha impuesto la protección social es el de contribuir a la obtención de un ingreso mínimo que otorgue a las personas la capacidad de satisfacer sus necesidades elementales, lo que hoy en día está apoyado en el enfoque de derechos fundamentales a favor de las personas y se manifiesta en el interés por elevar la calidad de vida de las personas, el acceso a servicios sociales y de promoción, así como la universalización del trabajo decente.[4]

---

1 Artículo 41, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2010/C 83/02) 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389.

2 Para Pedro Paz, el desarrollo es un proceso de cambio social deliberado que tiene como objetivo alcanzar los niveles de vida y oportunidades que presentan las sociedades industrializadas con elevados niveles de bienestar. En esta definición está implícito el papel del Estado como promotor de dichos cambios. Paz, Pedro, Desarrollo-subdesarrollo, en Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas, 1ª edición, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2004, p. 184.

3 La Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas define a la protección social como "un conjunto de políticas y programas gubernamentales y privados con los que las sociedades dan respuestas a diversas contingencias a fin de compensar la falta o reducción sustancial de ingresos provenientes del trabajo, brindar asistencia a las familias con hijos y ofrecer atención médica y vivienda a la población". Naciones Unidas, El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización. Informe del Secretario General, (E/CN.5/2001/2), Comisión de Desarrollo Social, 39° período de Sesiones, 2000, p.3, [en línea] http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/792/26/ PDF/N0079226.pdf?OpenElement.

4 *Cfr.* Cecchini Simone y Rodrigo Martínez, Protección social inclusiva en América Latina: Una mirada integral, un enfoque de derechos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2011, pp. 18 y 19.

En el presente trabajo se propone analizar un servicio social no contributivo[5] como lo es el Programa Pensión Alimentaria para Adultos Mayores de 68 años, Residentes en el Distrito Federal, hoy Ciudad de México (CDMX) en términos del marco de política pública, su fundamento legal y modelo de operación, a la luz de su concordancia con los principios que rigen el actuar de la administración pública en su relación con la población que tiene derecho al mismo.

El régimen jurídico establecido para los servicios sociales es amplio y se rige en principio por lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en su artículo 1°, por cuanto hace a la concepción de derechos humanos reconocidos por el Estado, la protección de los mismos, su promoción, respeto y garantía por parte de todas y cada una de las autoridades, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y, en consecuencia, el propio Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Por su parte la Ley General de Desarrollo Social (LGDS), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004, cuyo principal objetivo es, sin duda, garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales consagrados en la CPEUM, tras asegurar el acceso de toda la población al desarrollo social, también se propone fomentar el sector social de la economía, así como regular y garantizar la prestación de los bienes y servicios contenidos en los programas sociales, estos últimos constituidos por lo general como servicios sociales bajo el esquema de protección social no contributiva.

Corresponde en su caso al Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2013-2018 constituirse en uno de los ejes necesarios para estructurar y dar dinamismo a las políticas públicas a cargo del Gobierno Federal mediante la definición de las políticas públicas vinculadas a las normas, programas y presupuestos, con el propósito de dar integralidad y sustentabilidad al desarrollo nacional, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 25 y 26 de la Carta Magna y de conformidad con la Ley de Planeación, la cual también dispone los mecanismos de coordinación de las actividades de planeación con las entidades federativas.

El PND 2013-2018, en su Estrategia VI.2 denominada México Incluyente, tiene como Objetivo 2.1 garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales para toda la población; mientras que el Programa Nacional de Desarrollo Social (PNDS) 2014-2018, previsto en los artículos 1, fracción II y 11 al 28 de la LGDS, tiene por objeto dirigir y orientar las acciones de gobierno a fin de disminuir las carencias sociales y mejorar el ingreso para garantizar el ejercicio de los derechos sociales de todas las personas.

El PNDS señala en su Objetivo 1 Garantizar el acceso a una alimentación adecuada a las personas en condición de pobreza, en su Estrategia 1.3 Reducir la inseguridad alimentaria a través de apoyos económicos que faciliten el acceso a alimentos variados y nutritivos, establece la Línea de Acción 1.3.5 Incrementar la cobertura de programas de apoyo a la alimentación de niños de 0 a

5 Para lograrlos objetivos de la protección social deben considerarse tres grandes componentes: la protección social no contributiva (tradicionalmente conocida como asistencia social, que puede incluir tanto medidas universales como focalizadas); la protección social contributiva (o seguridad social), y la regulación de los mercados laborales, que consiste en normativas y estándares orientados a fomentar y proteger el trabajo decente. *Ídem.*

5 años, mujeres embarazadas o en estado de lactancia y personas adultas mayores, lo que entre otras cosas, dio origen al Programa Pensión para Adultos Mayores del Gobierno Federal, dirigido a personas de 65 años en adelante, con cobertura nacional.

En cuanto a la coordinación por sector, elPrograma Sectorial de Desarrollo Social 2013-2018, establece en su Objetivo 1 Fortalecer el cumplimiento efectivo de los derechos sociales que potencien las capacidades de las personas en situación de pobreza, a través de acciones que incidan positivamente en la alimentación, la salud y la educación, en su Estrategia 1.1 Ampliar las capacidades de alimentación, nutrición, salud y educación de las personas en condición de pobreza, establece la Línea de Acción 1.1.1 Proporcionar apoyos monetarios a las personas en condición de pobreza que compensen su ingreso y les permita mejorar su acceso a la alimentación, mismo que está vinculado también al Programa Pensión para Adultos Mayores señalado en el párrafo que precede.

En términos generales, se advierte que la política de desarrollo social en México cuenta a nivel nacional con instrumentos legales y de planeación que se propone hacer efectivo el ejercicio y disfrute de los derechos sociales de los mexicanos, principalmente mediante el acceso a servicios sociales destinados a la alimentación, educación, salud, vivienda y seguridad social, como el referido Programa Pensión para Adultos Mayores del Gobierno Federal, dirigido a personas de 65 años en adelante, con cobertura nacional.

A nivel local, en la CDMX, el 7 de marzo de 2000 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal (GODF) la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Distrito Federal (LDPAMDF), que tiene por objeto proteger y reconocer los derechos de las personas de sesenta años de edad en adelante para mejorar su calidad de vida e integrarlos al desarrollo social, económico, político y cultural, bajo los principios de autonomía y autorrealización, participación, equidad, corresponsabilidad y atención diferenciada.

La Ley de Desarrollo Social del Distrito Federal (LDSDF), publicada el 23 de mayo de 2000 en la GODF (4 años antes que la LGDS), tiene por objeto ampliar las oportunidades de las personas, prestando especial atención a su condición humana tendiente a garantizar los derechos humanos y entre sus fines principales están el promover, proteger y garantizar el cumplimiento de los derechos sociales universales de los habitantes de la ciudad para que puedan gozar plenamente de ellos, procurando a su vez elevar la calidad de vida y el acceso universal al conjunto de bienes y servicios públicos, para erradicar la desigualdad y la exclusión e inequidad social (artículo 1°).

Asimismo, la LDSDF establece la obligación de generar mecanismos para que el gobierno cumpla de forma eficiente su responsabilidad en el desarrollo social y defina mecanismos y procedimientos que garanticen la plena exigibilidad de los derechos sociales (artículo 1, fracciones XVI y XIX).

De acuerdo con la LDSDF, el desarrollo social es el "proceso de realización de los derechos de la población mediante el cual se fomenta el mejoramiento integral de las condiciones y calidad de vida" (artículo 3, fracción XI); sin embargo, debe hacerse notar que la Ley no se refiere a la protección social, al menos no de forma directa, pues define su estructura y marco de actuación a partir de los programas de desarrollo social o programas socialescomo instrumentos derivados de la planificación institucional de la política social (artículo 3, fracciones XXIII y XXIV, en relación con

los artículos 32 a 38 Bis) y que no son otra cosa sino servicios sociales de carácter no contributivo en la mayoría de los casos.

Para dar marco a la política pública, más que una definición de política de desarrollo social, la Ley dispone que ésta tiene como propósito "construir una ciudad con igualdad, equidad, justicia social, reconocimiento de la diversidad, alta cohesión e integración social, pleno goce de los derechos, creciente elevación de la calidad de vida y acceso universal al conjunto de bienes y servicios públicos urbanos; mediante la cual se erradican la desigualdad y la exclusión e inequidad social entre individuos, grupos y ámbitos territoriales con el fin de lograr su incorporación plena a la vida económica, social y cultural y construirse como ciudadanos con plenos derechos" (artículo 3, fracción XXII).

Desde esta perspectiva, se puede entender que se otorgue a los programas sociales el propósito de garantizar el efectivo cumplimiento y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales, con plena observancia de los principios de universalidad, igualdad, equidad de género, equidad social, justicia distributiva, diversidad, integralidad, territorialidad, exigibilidad, participación, transparencia, efectividad y protección de datos personales, como principios rectores de la política de desarrollo social,previstos en la LDSDF.

Bajo este contexto legal, la Ley de Planeación del Desarrollo del Distrito Federal establece las reglas para llevar a cabo el proceso de planeación del desarrollo cuyo producto principal es el Programa General de Desarrollo del Distrito Federal (PGDDF), que para la administración 2013–2018 se elaboró con un enfoque orientado a la resolución de los problemas públicos con la perspectiva de que las políticas y presupuestos públicos tengan la capacidad de asegurar y garantizar el respeto a los derechos humanos.

El PGDDF establece en su Eje 1 Equidad e Inclusión Social para el Desarrollo Humano; Área de Oportunidad 6. Alimentación; Objetivo 1 Contribuir a la consecución de seguridad alimentaria y una menor malnutrición de los habitantes de la entidad, en particular en función de su origen étnico, condición jurídica, social o económica, migratoria, de salud, de edad, discapacidad, sexo, orientación o preferencia sexual, estado civil, nacionalidad, apariencia física, forma de pensar o situación de calle, entre otras; Meta 1 Incrementar el acceso a alimentos nutritivos, balanceados y de buena calidad por parte de la población del Distrito Federal; en su primera Línea de Acción propone Garantizar que las y los adultos de 68 años o más cuenten con una seguridad económica básica que les permita la adquisición de los alimentos que requieren.

El Programa Sectorial de Desarrollo Social con Equidad e Inclusión 2013–2018 se encuentra alineado al PGDDF, por lo que la fracción IV. Área de Oportunidad: Alimentación, al cuantificar la meta señalada en el párrafo anterior definió: "Avanzar en la atención al 100% de la población que se encuentra en situación de pobreza extrema y sufre de carencia alimentaria, a través del Sistema de Protección Alimentaria de la Ciudad de México en los próximos 4 años"; en donde el indicador es el grado de avance en la cobertura de beneficiarios de dicho sistema.

A su vez el Programa Institucional de la Secretaría de Desarrollo Social de la Ciudad de México 2013–2018, se alinea a los programas referidos previamente y establece como Política Pública Institucional el contribuir a mejorar las condiciones de seguridad alimentaria de las personas adul-

tas mayores de 68 años, residentes en la Ciudad de México, a través de otorgar una pensión alimentaria mensual no contributiva. El Indicador Institucional No. 2 es el Programa Pensión Alimentaria para Adultos Mayores de 68 años, Residentes en la Ciudad de México, la Meta es beneficiar anualmente a por lo menos el 76% de este sector poblacional, cuyo indicador es el porcentaje de esta población con pensión alimentaria,

No obstante que estos instrumentos de planeación locales desagregados a nivel de política pública, objetivos, metas y líneas de acción con indicadores de gestión se elaboraron en la administración 2013–2018, la política de desarrollo social se catapultó a partir del año 2000, quizá desde la aprobación de la LDSDF, pues está diseñada para que la ciudadanía goce de sus derechos sociales universales a través de la implementación de los programas sociales (como mecanismos de protección social), lo que puso a la CDMX de ejemplo frente a otras entidades federativas del país y como referente a nivel nacional e internacional, principalmente en América Latina.

Los criterios que adopta la política de desarrollo social en la CDMX son universales, combinados con criterios territoriales y con la identificación de determinados grupos sociales que requieren atención prioritaria.[6] Bajo este enfoque, el Programa Pensión Alimentaria para Adultos Mayores de 68 años, Residentes en el Distrito Federal, se convirtió en el paradigma de los programas sociales, pues aunado a las condiciones de exclusión y abandono que este sector de la población padece, en el siglo XXI el envejecimiento se ha convertido en uno de los retos más importantes a los que se enfrenta el mundo, especialmente América Latina; problema que impacta a México y especialmente a la CDMX en donde el proceso de envejecimiento y esperanza de vida de su población están por arriba de la media nacional[7].

La Pensión Alimentaria pretende incidir directamente en el poder adquisitivo para acceder a alimentos y medicinas, mediante la entrega mensual de una pensión no contributiva y comenzó a operar en 2001, con la publicación en la GODF del "Acuerdo mediante el cual se crea el programa de apoyo alimentario, atención médica y medicamentos gratuitos para adultos mayores de 70 años" que se puso en marcha en marzo de ese mismo año, con base en una distribución geográfica por unidades territoriales clasificadas por su grado de marginación a partir del que se definieron las prioridades de intervención.

Posteriormente, para asegurar su cumplimiento, continuidad y estabilidad, en 2003 el Gobierno de la Ciudad presentó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la "Iniciativa de Ley que Establece el Derecho a la Pensión Alimentaria para los Adultos Mayores de Setenta Años, Residentes en el Distrito Federal", la que una vez aprobada se publicó en la GODF el 18 de noviembre de ese año.

---

6 *Cfr.* Programa de Desarrollo Social del Distrito federal 2007-2012, p.4, citado por Murayama Rendón, Ciro (coord.), Evaluación de las Políticas y Programas Sociales implementados por el Gobierno del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Comisión de Vigilancia y Evaluación de Políticas y Programas Sociales, V Legislatura, México, diciembre 2011, p.35.

7 Según estimaciones del Consejo Nacional de Población, para el año 2030 se estima que habrán aproximadamente 78 adultos mayores por cada 100 jóvenes, situación que al compararse con el nacional ubica al Distrito Federal en el lugar 1 en el proceso de envejecimiento poblacional del país. *Vid.* Dinámica demográfica 1990-2010 y proyecciones de población 2010-2030, Prospectiva demográfica, Distrito Federal, Secretaría de Gobernación (SEGOB) - Consejo Nacional de Población (CONAPO), abril de 2014, p.40, gráfica 20.

Esta Ley reconoce el derecho universal de las personas mayores a recibir una pensión alimentaria y en su exposición de motivos se alude a que el principal objetivo del Gobierno es instituir en la Ciudad un Estado igualitario y fraterno, mismo que contempla, entre otras cosas, el derecho a la pensión universal ciudadana. Este derecho se extendió a los adultos mayores a partir de los 68 años de edad, mediante la respectiva reforma legal que entró en vigor el 1º de septiembre de 2009.

Desde entonces se considera que el derecho a una vida digna es parte inherente y sustancial del derecho a la vida, por lo que se determinó que es un derecho que todas las personas adultas mayores, por ser un grupo vulnerable, reciban una pensión de carácter universal, independientemente de que hayan hecho aportaciones o no a un fondo de pensiones con el fin de no ser excluidos del desarrollo social.

En términos de la Ley que la regula y de su Reglamento (publicado en la GODF el 31 de diciembre de 2003), la Pensión Alimentaria está a cargo del Instituto para la Atención de los Adultos Mayores (IAAM)[8], creado por Decreto publicado en la GODF el 29 de junio de 2007, y que hoy en día es una Unidad Administrativa de la Secretaría de Desarrollo Social que es la encargada de promover el bienestar de las personas adultas mayores y de ejecutar los programas de atención integral para impulsar el ejercicio pleno de los derechos de este sector poblacional.[9]

Este servicio social está dirigido a las personas físicas que cumplan los siguientes requisitos: 1) Tener al menos 68 años de edad cumplidos al momento de la solicitud; 2) Radicar permanentemente en la CDMX, con una antigüedad mínima de tres años de residencia a la fecha de presentación de la solicitud; 3) Identificación oficial; 4) Comprobante de domicilio; y, 5) Carta poder firmada ante dos testigos con ratificación de las firmas ante Notario Público, en caso de ser solicitada a través de un tercero.

Hoy en día, la operación del programa social es centralizada bajo un esquema organizacional de trabajo de campo apoyado en 20 Coordinaciones Regionales para 16 Delegaciones Políticas, con 84 módulos de atención al público en donde 1,200 Profesionales de Servicios para Adultos Mayores (PSAM) atienden aproximadamente a 400 personas adultas mayores al año, a quienes visitan a domicilio 6 veces al año en promedio, para verificar sus condiciones de vida, necesidades y supervivencia.

El solicitante debe acudir al módulo de atención a presentar sus requisitos, en donde es anotado en un listado que sirve como pre-registro, previa revisión de los documentos por parte de los PSAM. Con posterioridad, el PSAM realiza una visita domiciliaria al solicitante en donde se corrobora su información, se llenan y firman algunos formularios para concluir el trámite y hacer su incorporación formal al programa social. Por último, al interior del IAAM se solicita la elaboración de la tarjeta electrónica para el depósito de los apoyos mensuales y su posterior entrega al beneficiario.

Una vez que se es derechohabiente de la Pensión Alimentaria, se puede tener acceso a beneficios adicionales como servicios de turismo social, alerta social y línea plateada (para orientación legal,

8 Reglas de Operación del Programa Pensión Alimentaria para Personas Adultas Mayores de 68 años, Residentes en la Ciudad de México 2017, parte I. Dependencia o Entidad Responsable del Programa.

9 Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, artículo 61.

emocional e información general), visitas médicas a domicilio y reportes de hospitalización, créditos para derechohabientes, cinema matutino, así como a trámites administrativos para actualización del estado del beneficiario o reposición de tarjeta. Muchos de ellos son servicios prestados directamente por otros órganos de la administración pública o en coordinación con el IAAM.

En 2001 el programa social inició con un padrón de 150,000 derechohabientes y al cierre de 2016 los datos preliminares publicados arrojan 520,002 beneficiarios de los que el 62% son mujeres y el 38% hombres. En total, con este programa se ha beneficiado a 1,062,449 personas adultas mayores.[10]

A partir de febrero de 2017, el monto de la Pensión Alimentaria se calcula con base en una pensión diaria no menor a la mitad de una Unidad de Medida y Actualización (UMA) vigente (la cual sustituyó a la Unidad de Cuenta), en términos de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley que establece esta pensión con relación al artículo Quinto Transitorio de la Ley de Ingresos de la Ciudad de México vigente y el artículo 4 de la Ley para Determinar el Valor de la Unidad de Medida y Actualización publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2016.[11]

Para 2017, la mitad del valor diario de la UMA equivale a $37.745 (treinta y siete pesos 745/100 M.N.), por lo que el monto mensual de la Pensión Alimentaria para 2017[12] asciende a $1,132.35 (un mil ciento treinta y dos pesos 35/100 M.N.), que deben depositarse por transferencia electrónica el día primero de cada mes.[13] Para el ejercicio fiscal 2016 la pensión se fijó en $1,075.20 (un mil setenta y cinco pesos 20/100 M.N.), mientras que en 2001, año en que inició el programa se entregaban $600.00 (seiscientos pesos 00/100 M.N.).

Gracias a este marco jurídico, al marco de política pública y a la forma en que es prestado el servicio, la Pensión Alimentaria ha sido considerada la primera gran innovación en materia de política social desarrollada por el Gobierno de la CDMX, de la que destaca su universalidad, la facilidad para acceder a ella y la transparencia del programa; sin embargo, también es necesario poner sobre la mesa las dificultades que enfrenta este programa en lo subsecuente, de las que mencionaremos algunas a continuación.

Al cierre del ejercicio 2016 el padrón del programa social ascendió a 520,002 personas, mientras que de acuerdo con cifras oficiales del año 2015, la población adulta mayor de 68 años que vive en la CDMX es de 673,107 personas.[14] Esta relación nos arroja una diferencia de 153,105 personas de 68 años y más, que no reciben la pensión alimentaria establecida bajo el principio de universalidad, cifra que corre el riesgo de incrementarse drásticamente en razón del proceso de envejecimiento de la población de la ciudad, estimado en una proporción de aproximadamente 78 adultos mayores por cada 100 jóvenes.[15]

---

10 Cuarto Informe de Gobierno de la Ciudad de México, septiembre de 2016, Eje estratégico 1. Ciudad de México, Capital Social, Por ti; Desarrollo Social para la Inclusión y la Equidad; Inclusión a Grupos en Situación de Vulnerabilidad; Vida Digna para Personas Adultas Mayores.

11 *Op.cit.*, Nota 8.

12 *Vid.supra*, página 5, párrafo segundo.

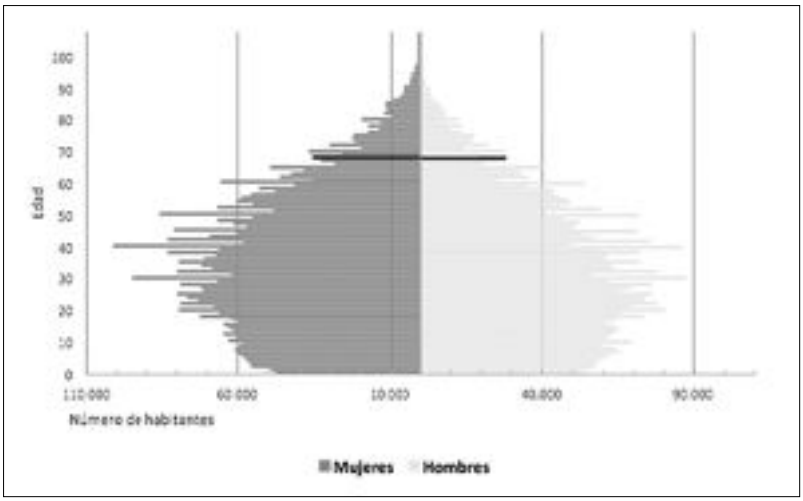
13 *Op.cit.* Nota 8, Sección Alcances y Programación Presupuestal.

14 Instituto Nacional de Estadística y Geografía - INEGI, Encuesta Intercensal 2015, México.

15 *Op.cit.*, Nota 7.

Pirámide poblacional 2015

(Número de habitantes y edad)



Para diciembre de 2017 se estableció como meta llegar a 525.000 beneficiarios del programa[16] aunque solo se previó un presupuesto para este ejercicio fiscal de $6,949,877,760.00 (seis mil novecientos cuarenta y nueve millones ochocientos setenta y siete mil setecientos sesenta pesos 00/100 M.N.), que sería insuficiente para cubrir la meta.[17] Al respecto, las proyecciones no son muy alentadoras en cuanto a la relación del número de personas adultas mayores y el presupuesto requerido para dar cobertura al total de potenciales beneficiarios en los próximos años, por lo que con base en la población adulta mayor estimada hacia 2030 y sin aplicar incremento al monto mensual de la pensión alimentaria para 2017, presentamos el siguiente ejercicio:[18]

Estimación presupuestal Pensión Alimentaria 2017 – 2030

Año	Padrón 2016	Meta Diciembre 2017 (IAAM)	Población (INEGI 2015)	Población Estimada (CONAPO)	Presupuesto anual necesario para cubrir el padrón actual de adultos mayores	Presupuesto anual necesario para cubrir la meta 2017 de adultos mayores	Tasa de crecimiento respecto del monto que se destina actualmente
2017 Monto anual	**520.002**	**525.000**	**–**	**–**	**7.065.891.176,40**	**7.133.805.000,00**	**–**
ESTIMACIONES							
2017	–		673.107	–	9.146.312.537,40		29%
2018	–		–	684.413	9.299.938.392,79		32%
2020	–		–	727.608	9.886.883.249,60		40%
2030	–		–	981.888	13.342.096.700,65		89%

16 *Op.cit.,* Nota 8, Sección Metas físicas.

17 *Íbidem*, Sección Programación Presupuestal.

18 Diagnóstico IAAM 2017, análisis de equipo de la Dirección de Evaluación y Uso Estratégico de la Información, Subdirección de Evaluación y Monitoreo, de la Coordinación General de Modernización Administrativa. Documento de trabajo.

Aun sin haber considerado el incremento anual del monto mensual de la Pensión Alimentaria, se advierte que de continuar dicha tendencia y mantenerse el diseño actual del programa con carácter universal, se requeriría un incremento del 89% en el presupuesto para el ejercicio 2030 respecto al asignado para 2017.[19]

Si bien el Gobierno de la CDMX se caracteriza por promover la inclusión de las personas adultas mayores así como su cuidado y apoyo a través de diversas iniciativas sociales y gubernamentales, la falta de acceso de la totalidad de personas adultas mayores que residen en la CDMX a la Pensión Alimentaria, limita el cumplimiento del principio de universalidad plasmado en la LDSDF, ya que el 23% de los potenciales beneficiarios de acuerdo con los datos aquí presentados, no han podido ingresar por alguna circunstancia al programa social y no pueden ejercer el derecho social asociado al mismo.

Esta barrera al principio de universalidad, se encuentra directamente vinculada con ciertas limitantes al principio de justicia distributiva, pues si bien se han priorizado las necesidades de este grupo social al asignar recursos presupuestales para otorgar el beneficio al 77% de esta población, se requeriría tan sólo para 2017 un incremento estimado del 29% de los recursos aprobados para este año, lo que nos lleva a cuestionar el marco de política pública, el diseño del programa social y el proceso de aprobación del presupuesto por parte del órgano legislativo en los términos del marco jurídico y administrativo actual.

No obstante las enormes dimensiones de cobertura y ejercicio del gasto que ha alcanzado la Pensión Alimentaria en la CDMX, el porcentaje de la población adulta mayor sin acceso a este mecanismo, pone de manifiesto las dificultades para cumplir con el principio de equidad social, ya que su carácter no contributivo, pero universal, representa un reto mayúsculo para el presupuesto gubernamental, lo que se profundiza en razón de las limitantes al principio de integralidad al no identificarse una articulación ni complementariedad con otros programas, proyectos y acciones de gobierno que permitan abordar desde una perspectiva multidimensional la atención a los derechos y necesidades de esta población y al quedar en segundo plano la consolidación de los mecanismos de seguridad social (protección social contributiva).

La insuficiencia de recursos para que el programa alcance la cobertura total, repercute en la parte operativa, pues entre la fecha en que el solicitante se pre-registra y la visita domiciliaria de los PSAM, no hay un plazo formal que obligue a la autoridad a realizar esta última, en razón de que está sujeta a la existencia de recursos para asegurar el depósito mensual de la ayuda económica. Este plazo ha llegado a rebasar el año de espera para que el solicitante ingrese al programa. Una vez que se hace la visita domiciliaria y se inscribe a la persona adulta mayor, el IAAM tiene 6 meses para entregar la tarjeta electrónica, lo que por lo general se hace en un evento público presidido por las autoridades de la ciudad o, en su defecto, se entrega en el domicilio del beneficiario.[20]

Estos problemas operativos, que a su vez derivan de las barreras señaladas con antelación, afectan la celeridad de la acción gubernamental, pero también la actitud de vocación de servicio, respeto y reconocimiento de este derecho social por parte de la administración pública desde la

19 *Ídem.*
20 *Ídem*.

perspectiva del principio de efectividad, el cual también se encuentra acotado para obtener mejores resultados e impacto en razón de la cobertura real del programa.

Es ampliamente reconocido que los gobiernos tienen una capacidad institucional limitada para resolver los problemas públicos de la sociedad, por lo que es común encontrar salvedades al ejercicio pleno de los derechos derivadas del presupuesto asignado (derechos programáticos), como en el caso que nos ocupa, en donde el principio de exigibilidad previsto en la LDSDF, más allá de prever la obligación de contar con normas y procedimientos[21] para demandar el cumplimiento de tales derechos, le da una justificación al Estado para faltar a esta obligación al expresar que el ejercicio de los derechos sociales tiene su límite derivado de las políticas, programas y disposición presupuestal existentes, por lo que su exigencia es progresiva y en la medida en que no haya presupuesto, se debe optar por la focalización territorial para delimitar un ámbito socio-espacial en donde aplicar el programa (artículo 27, LDSDF).

La entrega de la Pensión Alimentaria no garantiza por si sola una mejora en la calidad de vida de los adultos mayores, sino por el contrario, ha propiciado una dependencia social a la obtención de la misma para sostener un nivel de vida básico e incluso precario, contrario al fin propio de la política de desarrollo social, pues ante la creciente y continua demanda, resulta haberse convertido en un programa insuficiente que o ha logrado vincularse a políticas públicas más integrales, por lo que se encuentra incapacitado para proporcionar el acceso a tal derecho a todas y cada una de las personas adultas mayores a partir de los 68 años que residen en la CDMX, propiciando en consecuencia una exclusión "involuntaria" de los adultos mayores que no logren hacer efectivo el ejercicio del derecho por falta de recursos económicos y por falta de mecanismos jurídicos y administrativos óptimos y eficientes que garanticen su adecuada y justa distribución.

Finalmente, no podemos dejar pasar la oportunidad para señalar que a partir de la reciente reforma política para la capital del país, el 5 de febrero de este año se publicó en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México y en el Diario Oficial de la Federación, la Constitución Política de la Ciudad de México que, en su artículo 4, apartado B, numeral 1, señala que la universalidad, interdependencia, indivisibilidad, complementariedad, integralidad, progresividad y no regresividad, son principios de los derechos humanos y en su artículo 5, apartado A, numeral 6 plantea la creación de un Sistema Integral de Derechos Humanos como un componente para garantizar la efectividad de los derechos, que bien podría ser el punto de inflexión para encontrar la ruta de conciliación entre los principios de universalidad, progresividad y no regresividad frente a los mecanismos de exigibilidad, justiciabilidad y reparación integral por violación a los derechos humanos, gracias a la posibilidad que esta constitución abre para construir un nuevo diseño institucional que a la par concilie paulatinamente la brecha existente entre el proceso de planeación y el de presupuestación, para que la integralidad gane terreno en el ejercicio de gobierno, lo que con seguridad representará un gran reto para las autoridades en turno en las siguientes administraciones del Gobierno de la Ciudad de México.

---

21 *Cfr*. *Op.cit.,* Nota 6, Ciro Murayama, pp. 52 y 53, en donde se aprecia lo limitado de los mecanismos de exigibilidad de programas sociales hacia el año 2009.

Fuentes consultadas.

Cecchini, Simone y Rodrigo Martínez, Protección social inclusiva en América Latina: Una mirada integral, un enfoque de derechos, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2011.

Cuarto Informe de Gobierno de la Ciudad de México, septiembre de 2016.

Diagnóstico IAAM 2017, análisis de equipo de la Dirección de Evaluación y Uso Estratégico de la Información, Subdirección de Evaluación y Monitoreo, de la Coordinación General de Modernización Administrativa. Documento de trabajo.

Dinámica demográfica 1990-2010 y proyecciones de población 2010-2030, Prospectiva demográfica, Distrito Federal, Secretaría de Gobernación (SEGOB) - Consejo Nacional de Población (CONAPO), abril de 2014.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía - INEGI, Encuesta Intercensal 2015.

Murayama Rendón, Ciro (coord.), Evaluación de las Políticas y Programas Sociales implementados por el Gobierno del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Comisión de Vigilancia y Evaluación de Políticas y Programas Sociales, V Legislatura, México, 2011.

Naciones Unidas, El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización. Informe del Secretario General, (E/CN.5/2001/2), Comisión de Desarrollo Social, 39° período de Sesiones, 2000.

Paz, Pedro, Desarrollo-subdesarrollo, en Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas, 1ª edición, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2004.

Legislativas:

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2010/C 83/02) 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Desarrollo Social del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 23 de mayo del 2000.

Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 07 de marzo del 2000.

Ley de Planeación del Desarrollo del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 27 de enero del 2000.

Ley de Planeación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1983, última reforma publicada el 28 de noviembre de 2016.

Ley General de Desarrollo Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004, últimas reformas publicadas el 01 de junio de 2016.

Ley que establece el Derecho a la Pensión Alimentaria para los Adultos Mayores de sesenta y ocho años, residentes en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 18 de noviembre de 2003.

Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2013.

Programa General de Desarrollo del Distrito Federal 2013-2018, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 1689, Tomo II, Ciudad de México, 11 de septiembre de 2013.

Programa Nacional de Desarrollo Social 2014-2018, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de abril de 2014.

Programa Sectorial de Desarrollo Social 2013-1018, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de diciembre de 2013.

Programa Sectorial de Desarrollo Social con Equidad e Inclusión 2013-2018, publicado en la Gaceta oficial del Distrito Federal el 21 de octubre de 2014.

Reglamento de la Ley que establece el Derecho a la Pensión Alimentaria para los Adultos Mayores de setenta años residentes en el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 31 de diciembre de 2003.

Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de diciembre de 2000.

Reglas de Operación del Programa Pensión Alimentaria para Personas Adultas Mayores de 68 años, Residentes en la Ciudad de México 2017, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 31 de enero de 2017.

PLANIFICACIÓN Y RÉGIMEN COMPETENCIAL EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

José María Vázquez Pita
Doctor en Derecho - Secretario de Administración Local de categoría superior

Tras todo estudio de los servicios sociales late una búsqueda de por la mejora de la calidad de estos servicios. Servicios que se encuentran íntimamente vinculados a la dignidad de la persona, así como a su libertad.

La calidad, por lo tanto, coincide en gran parte en este servicio con el grado en el que salvaguarda la dignidad de los individuos usuarios de los servicios sociales.

Pero una calidad así entendida es una calidad de difícil valoración, ya que no susceptible de aprehensión a través de test y encuestas de calidad, sino que exige como presupuesto la libertad de elección, siendo cauce de ejercicio de esta libertad la participación.

La legislación autonómica española está repleta de llamadas a la participación en los servicios sociales, creando diversos cauces orgánicos y procedimentales.

Ahora bien, esta participación de los usuarios de los servicios en la gestión es una participación desvinculada de la responsabilidad del gestor.

El cauce por excelencia de participación del individuo en la configuración de los servicios sociales, así como el cauce por excelencia de exigencia de responsabilidad por la gestión es el cauce electoral.

Aquí es donde reside el verdadero y más amplio control de calidad.

La configuración de este control, además de en la legislación electoral, se recoge en la legislación competencial. Es decir, en la asignación de responsabilidades en la prestación de los servicios sociales entre los diferentes niveles de gobierno.

Y esta asignación de responsabilidades, en el Derecho español, se rige por dos principios fundamentales:

El **principio democrático**, del que deriva el principio de subsidiaridad y, como técnica organizativa, la descentralización.

El principio constitucional de **estabilidad presupuestaria**, que se encuentra íntimamente vinculado a la sostenibilidad del sistema.

Ambos principios están llamados a determinar la autoridad responsable de la prestación de los servicios sociales así como la intensidad de la relación entre el ciudadano y el cuentadante.

La Constitución Española –en un claro ejercicio descentralizador– abogó por permitir que las CCAA, a través de sus estatutos de autonomía, asumiesen como propia la competencia en materia de *asistencia social*

La totalidad de los estatutos de autonomía hicieron uso de esta posibilidad, por lo que, en virtud del efecto delimitador que los estatutos de autonomía tienen sobre el ámbito competencial estatal, el Estado se vio despojado de toda competencia material sobre los servicios sociales.

La competencia estatal actualmente está relegada, consecuentemente, a una serie de títulos competenciales horizontales, de entre los que cabe destacar, por lo que aquí nos atañe:

- La regulación de las condiciones básicasque garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1º CE), y bajo cuyo amparo se promulgó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*
- Y el relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18), título este que permite al Estado regular las relaciones competenciales entre CCAA y EELL.

En el ejercicio de este último título competencial - bases del régimen jurídico de la Administraciones Públicas, el Estado promulgó la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL).

Desde el punto de vista de la subsidiaridad y de la estabilidad presupuestaria, la LBRL, se ha limitado a una regulación de mínimos, conteniendo una enumeración de materias sobre las que las CCAA deben atribuir competencias a las EELL (artículo 25), así como un elenco de servicios obligatorios por razón de la población (artículo 26).

Este mínimo competencial –definidor de la garantía constitucional de la autonomía local– ha de concretarse con arreglo al mandato del artículo 2 LBRL, según el cual la *legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera* (artículo 2.1 LBRL).

Por lo tanto, la responsabilidad de la implantación de un sistema competencial local acorde con los principios de subsidiaridad y de estabilidad presupuestaria se relegó al legislador sectorial, fundamentalmente a las CCAA.

Las consecuencias financieras de este marco normativo, puestas en evidencia con ocasión de la crisis económica, dieron lugar a la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sos-*

tenibilidad de la Administración Local, una de cuyas ideas-fuerza consiste en la profundización de la eficiencia en la asignación de recursos públicos mediante la eliminación de duplicidades y racionalización de las estructuras administrativas

Con esta finalidad, se pretendió disciplinar el régimen competencial local, de forma tal que, frente a la redacción primigenia de la LBRL, según los ayuntamientos ejercerán competencias en materia de *Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social"* (art. 25.2.k), se adoptó la fórmula más específica de*evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social* (artículo 25.2.e).

Paralelamente, el servicio de prestación obligatoria para los municipios de población superior a los 20.000 habitantes, "*prestación de servicios sociales*" se redujo a esta labor de "*evaluación e información* de situaciones de necesidad social" (artículo 26.1.c).

La voluntad de excluir los costosos servicios sociales de la esfera local –con excepción de las funciones de evaluación e información–, se cerraba con una disposición transitoria segunda, *en cuya virtud las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social*.

Es decir, el legislador estatal no sólo identificó el contenido mínimo competencial local en materia de servicios sociales (aunque limitado a la evaluación e información), lo que sería totalmente coherente con el principio de autonomía local y de subsidiariedad, sino también el máximo competencial, eliminando la capacidad del legislador autonómico de descentralizar sus competencias en la Administración Local.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 41/2016**,** anuló este techo competencial recordando que el Estado, en aquellas materias que no son de su competencia, ha de limitarse a ejercer sus *responsabilidades de perseguir los objetivos constitucionales en general, y los mandatos de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria en particular.*

Para ello, el artículo 148.1.18, recuerda el Tribunal Constitucional, *ampara una legislación estatal básica sobre competencias locales que, en cuanto tal, está llamada a condicionar al legislador autonómico,* pero no le habilita a efectuar una regulación que incida sobre la esfera competencial autonómica con una intensidad tal como la que realiza la Ley de Racionalización y que no tiene por objeto el garantizar la autonomía local constitucionalmente garantizada ni establecer unas bases comunes relativas al régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Anulada esta previsión, el Tribunal Constitucional clarifica que *las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el artículo 25.2 LBRL,* con sujeción a las exigencias reseñadas por el propio legislador básico, esto es, las dispuestas en el artículo 25, apartados 3 a 5 de la LBRL.

Estas exigencias, que constituyen un verdadero test de subsidiariedad, son las siguientes:

- Evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

- A tal fin, se formulará una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad.
- La Ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas.
- Garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública.

Con estas exigencias, las CCAA podrán configurar un sistema de servicios sociales que prevea como propias de los Municipios o Provincias, servicios que excedan de los mínimos establecidos en la legislación estatal básica: *evaluación e información de de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.*

Ahora bien, de la imaginación del legislador autonómico dependerá la articulación de un sistema de atribución competencial:

Rígido y estático, basado en una habilitación competencial homogénea para todas las EELL con independencia de su capacidad de gestión y susceptible de evolucionar a la par que evolucione la capacidad de gestión de cada una de las entidades locales.

O, alternativamente, un sistema competencial abierto, dinámico y flexible, que asigne competencias en función de las capacidades de gestión de cada una de las entidades locales y que prevea mecanismos de asignación/detracción de competencias en función de la evolución de la capacidad de gestión.

Esta última opción es la que permite una óptima implantación del principio democrático y, consecuentemente, una asignación efectiva de responsabilidades individuales en función de la evaluación colectiva de la calidad del servicio.

Y he aquí donde la técnica de la planificación general de los servicios sociales está llamada a desempeñar un papel fundamental en la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno -autonómico/provincial y municipal, debido a que un reenvío normativo de la Ley de atribución de competencias al Plan autonómico de Servicios Sociales, permitiría asignar la competencia para cada programa o prestación a cada nivel de gobierno y de forma diferenciada para cada ámbito territorial:

✓ En función del ámbito geográfico de la demanda del servicio (que difiere sustancialmente en función de las características económicas y demográficas de los asentamientos).

✓ En función de la capacidad de gestión de los municipios pertenecientes a cada una de las zonas o área del sistema (capacidad que puede y debe ser objeto de evaluación por el Plan).

Asimismo, la vocación temporal de los Planes –a diferencia de la vocación de permanencia de las leyes– permitiría una revisión periódica del diagnóstico y de las soluciones competenciales adoptadas, lo que daría lugar a un sistema competencial dinámico y permanentemente ajustado a las capacidades reales y actuales de gestión de cada una de las Administraciones prestadoras del servicio.

RELATORIA BASADA EN LA PROYECCIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA IBEROAMERICANOS

Dra. Mirian M. Ivanega

El relator según el diccionario de la Real Academia Española (en su edición del tricentenario) en su 2da. acepción es la" persona que en un congreso o asamblea hace relación de los asuntos tratados, así como de las deliberaciones y acuerdos correspondientes".

Por lo tanto, debe basarse en aquellos asuntos, que en el caso están constituidos por las exposiciones de los profesores que con un elevado nivel académico permitieron el éxito de estas Jornadas.

A partir de la síntesis de esas disertaciones, el objetivo –sin desconocer la importancia de las normativas constitucional, legal y reglamentaria de cada país que fueran explicadas brillantemente por los expositores– es reflejar los criterios que quien escribe entiende que resultan coincidentes y las pautas también uniformes que constituyen la médula del tema principal de este encuentro académico.

Por último, cabe advertir que en toda relatoría, las reflexiones, las deliberaciones y los análisis que le sirven de base, se entretejen con los criterios personales y los énfasis propios de quien relata. Por ello, desde ya solicito "piedad", siguiendo el pensamiento de Shakespeare acerca de que "la dulce piedad es el símbolo de la verdadera grandeza".

Desarrollo de las Jornadas

Asistieron a las Jornadas: cincuenta (50) alumnos, veinticinco (25) profesores de los siguientes países: España, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Perú, República Argentina, República Dominicana, República Oriental del Uruguay, Paraguay y Portugal.

El inicio estuvo engalanado por Conferencia del catedrático profesor José Luis Meilán Gil, que nos ilustró acerca del derecho administrativo actual resaltando, entre otros aspectos, que esta disciplina es un derecho de realización, porque su ideal es que se realice, no en interés propio sino de todos. Y que los alumnos: no se dejen dominar por la doctrina y analicen la realidad de su propio país y de otros.

En el transcurso de los cinco días se desarrollaron veinticinco (25) ponencias divididas en siete (7) mesas redondas y dos seminarios: "I Jornada de Urbanismo Galaico-Iberoamericano" y "Com-

promiso y Función Social del Derecho Administrativo". A ello se agregaron las comunicaciones elaboradas por más de veinte (20) alumnos asistentes, quienes tuvieron la oportunidad de exponer una síntesis de sus trabajos.

También tuvieron lugar las defensas orales de dos Tesis Doctorales, cuya excelencia estuvo reflejada en las máximas calificaciones asignadas a esas investigaciones: "Evaluación del desempeño del sector público: Mecanismo para rendir cuentas y prestar servicios con parámetros de calidad a los administrados"- Autora: Dña. Cynthia Tatiana León Barquero-Director: Dr. Ernesto Jinesta Lobo y "El Interés Público como concepto Jurídico. Teoría de la Determinación en sentido general"- Autor: D. Edmer Leandro López Peña- Director: Dr. Ciro Güechá Medina.

Asimismo, y continuando con las modalidades de años anteriores, se dictó el Seminario Metodológico sobre Estudios de Doctorado (DAI) en la Universidad de La Coruña, impartido por el Dr. Rodolfo Barreiro Lozano.

Los resultados obtenidos

Se analizaron desde los criterios generales de la buena administración hasta los principios específicos que forman parte de toda la vida del contrato, llegándose a una conclusión unánime: la buena administración impacta en toda la vida del contrato, porque es principio, derecho y deber.

Ese contenido pluri-funcional proyectado en las contrataciones públicas determina que, sin perjuicio de los enfoques doctrinados, de las clasificaciones y de los regímenes que fijan las particularidades de la contratación y los principios, el siglo XXI exige reforzar el sentido social y ético, con el convencimiento de que la finalidad de aquellas no es otro que cumplir con el interés público enmarcado en la dignidad de la persona.

Las reflexiones más importantes a las que se arribaron fueron:

- Resulta imprescindible que las políticas públicas respondan a reales necesidades de las instituciones públicas en el marco del interés público y de los derechos fundamentales, condición informadora de toda contratación. Ello implica reconocer un análisis sistémico que involucre otras políticas públicas.

- La fijación de las políticas públicas de las contrataciones debe partir de dos interrogantes básicos: ¿qué derechos o servicios se van a satisfacer? ¿es necesario el contrato?.

- Debe lograrse una visión que implique considerar a los contratos administrativos como herramienta de inclusión social, en especial frente a los graves problemas de exclusión que mantienen a un alarmante porcentaje de nuestra población sufriendo una fuerte discriminación: pobres, discapacitados, mujeres, entre otros colectivos vulnerables. Ellos deben ser tenidos en especial consideración al momento de gestionarse recursos públicos para la satisfacción de necesidades sociales.

- Corresponde reforzar la calidad normativa de la política pública, la que tiene que estar siempre puesta a prueba, como condicionante exógena de su éxito.

- Ha de valorarse la influencia del "soft law" y dentro de él la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación a la Administración –CLAD 2013– que configura una guía y herramienta que coadyuva a comprender los fines a cumplir en el ámbito contractual.

- Los pliegos y bases resultan una etapa fundamental en la fase de preselección que tiene efectos durante todo el contrato. Por ello, debe exigirse que cumplan con los principios de claridad, facilitación, transparencia y acceso a la información. Ello obliga a un lenguaje claro, preciso y una técnica jurídica comprensible para proponentes y ciudadanos en general. A su vez, en el marco del procedimiento contractual cabe considerar la necesidad de determinar con certeza –en especial en los regímenes legales– tanto el tipo de información de acceso público como el que corresponde ser reservado; todo ello equilibrando el interés general y la protección de la competencia entre los oferentes.

- La planificación es un instrumento de buena administración. Planificar adecuadamente como se van a utilizar los recursos y como se va a preparar cada contrato, es una clara manifestación de aquel principio. En la planificación se evalúa la sustentabilidad del contrato y la forma en que se puede ejecutar, por eso en la elaboración de los pliegos y bases resulta esencial la clara y precisa identificación del objeto..

- Ha de entenderse en la interpretación de los pliegos que el oferente no es un enemigo de la administración, sino que es un colaborador.

- La buena administración lleva a obtener el "mejor contrato" pero siempre cuidando al principio de igualdad, que debe ser aplicado con la debida razonabilidad atendiendo a sus objetivos.

- La exigencia del principio de concurrencia obliga a que la Administración al redactar los pliegos y bases, evite la inclusión de condiciones o "filtros", como exigir antecedentes excesivos o requisitos que sólo pueden cumplir o satisfacer una o algunas empresas.

- Deben incluirse –como manifestación de la buena administrativa– cláusulas socio-laborales y medio ambientales en la contratación pública. Estas cláusulas deben estar presentes, y ser aplicables en las tres fases de la contratación: admisión, valoración/adjudicación, y ejecución. Dado quelos contratos deben satisfacer necesidades públicas, cabe reconocerse que la incorporación de esas condiciones no ocasionan pérdidas o perjuicios para el estado, sino por el contrario resultan rentables a corto, medio y largo plazo.

- Los principios de igualdad, concurrencia u oposición, publicidad, integridad, eficacia, buena fe, etc. informan a toda la contratación; su exigencia no se limita a la primera etapa de preparación de pliegos o en la evaluación de las ofertas, pues se caracterizan por su transversalidad.

- Desde la óptica de la gestión pública y específicamente de la gestión contractual partiendo de la planificación y del control, debe atenderse a la profesionalización de los servidores públicos, la innovación tecnológica y los conocimientos técnicos.

- Corresponde admitir que la inserción de estos parámetros en los ámbitos municipales, presenta diversos problemas y se enfrenta a variados obstáculos, pues en ellos no se suele contar con las herramientas suficientes para concretizar una gestión de buena administración. El problema de los gobiernos municipales es que no siempre tienen capacidades para llevar a cabo las compras públicas conforme el contenido de aquel principio. Por lo tanto, deben evaluarse objetivamente, qué mecanismos resultan los más idóneos para tender a aplicar progresivamente a la buena administración.

- Es necesario implementar o en su caso reforzar los controles de las contrataciones públicas, mediante instrumentos idóneos que evalúen no solo el procedimiento sino también el cumplimiento de los objetivos tenidos en mira al planificarse .

- Los controles interno y externo en la contratación pública, tienen un rol fundamental para lograr una mayor eficiencia y eficacia, sin perjuicio de constituir herramientas preventivas de prácticas irregulares.

- Ha de diferenciarse entre motivo y motivación del acto administrativo de adjudicación. A pesar de las dificultades que suelen presentarse a la hora de distinguirlos, debe entenderse que la motivación es un principio general del derecho con una base del derecho natural, por lo tanto rige aun cuando fueran derogadas todas las normas expresas que la reconocen.

- La motivación es piedra angular de la buena administración, garantía de transparencia, es un instrumento de fiscalización del decisor, en especial a la hora de valorar el acto de de la adjudicación dentro del procedimiento de selección.

- Como elemento esencial de particular protagonismo en la contratación, será una herramienta que incluso permite valorar el pliego y bases de condiciones y requisitos. Al estar involucrada la actividad discrecional de la Administración, en el acto motivado se reflejará la ponderación de las propuestas, con una aplicación directa de los principios de razonabilidad, eficacia y eficiencia y su ajuste a los pliegos.

- La transparencia pública y la ética inescindible en toda actuación de las autoridades públicas y de los contratistas, son pilares irremplazables de todo tipo de contrato público.

- La participación ciudadana es manifestación de los principios democráticos. Debe privilegiase el acceso a la información y la participación en todo tipo de contrato, en especial en los casos de servicios públicos prestados por empresas licenciatarias o concesionarias.

- La existencia de la modalidad de los contratos de larga duración, lleva a replantear la incidencia que tiene el tiempo en el contrato administrativo. En épocas en las cuales las renegociaciones son catalogadas como mecanismos corruptos para beneficiar a determinados contratistas, en esta especie de contrato existe una renegociación permanente, porque las modificaciones forman parte del contrato mismo, en términos razonables. Ello obliga a profundizar su estudio.

- El enfoque a partir de la justicia distributiva, permite confirmar que lo importante del contrato son los ciudadanos. En la etapa de la ejecución contractual se concretará esta justicia, por eso al ejercer la Administración su potestad modificatoria no podrá obviar su aplicación.

- Profesionalización, ejemplaridad e integridad del servidor público, son pilares de la buena administración.

- Un párrafo aparte merece la revisión conceptual que se propuso a partir de la interpretación sistémica del derecho, lo que permitió considerar que la degeneración del concepto de motivación, está presente en la existencia de formularios estandarizados. Por eso, la propuesta formulada constituye una tesis dentro de una interpretación sistémica del derecho: discurso jurídico para garantizar los intereses generales en la adjudicación contractual, avanzar desde la razonabilidad hacia

los intereses generales. Ya no es aplicable la interpretación sistemática horizontal, sino sistémica y vertical, porque ha de entenderse al derecho como una etapa evolutiva (Dr. Germán Cisneros Farías).

Sintetizando, existieron cinco ejes centrales y coincidentes que fueron priorizados por los expositores:

- El rol del ciudadano y de sus necesidades como justificativos de toda contratación: la dignidad de la persona humana es su centro, que se traduce en políticas públicas inclusivas;

- La importancia social, económica, financiera de las contrataciones públicas en el marco de las políticas públicas de los Estados;

- La necesidad de una actuación con absoluta transparencia para lograr antídotos contra la corrupción, ya que este flagelo apareja consecuencias nefastas que trasciende el contrato y afecta directamente al ser humano;

- La importancia de la educación, y el rol de las universidades.

- Las condiciones a cumplir por el servidor público: idoneidad, profesionalización y ética.

En definitiva debe concluirse que:

- La buena administración de las contrataciones públicas obliga a entender que el contrato incluye al ciudadano como parte de él; es su causa y fin.

- De la buena administración dimanan derechos y deberes para la Administración Pública y para todos los administrados; es a la vez, una puerta de entrada al comportamiento ético de éstos.

- La ausencia de transparencia, los altos índice de corrupción que caracterizan a las contrataciones públicas en los últimos tiempos y la ausencia de sanciones a los funcionarios públicos, obliga a revisar los criterios tradicionales y a priorizar y controlar si se satisfacen las necesidades sociales y los derechos fundamentales involucrados.

- Es necesario volver a generar la confianza social, un sistema basado en la desconfianza del ciudadano lleva que toda selección del contratista sea considerada como un medio de corrupción.

- Debe evitarse que se legitime la acción de robar a través de los contratos públicos. Esto conlleva a integrar la preocupación de la corrupción no como un tema de gobiernos sino de la sociedad.

- La esencia del ser humano permanece inalterable en el tiempo, lo que cambia son sus accidentes (Dr. Augusto Duran Martinez) y es ese ser humano el que constituye el centro de las contrataciones. Éstas son herramientas para mejorar su calidad de vida.

- Insistir en la concepción de una buena administración en materia contractual cuyos principios fundamentales puedan cumplirse, honrando a las necesidades sociales y a la dignidad de las personas (Dr. Jaime Rodriguez Arana Muñoz).

Pazo de Mariñan, 7 de abril de 2017

LOS CONTRATOS DE EMPLEO PÚBLICO Y SU EFECTO SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Alejandro Gastón Civit
Abogado
Facultad de Abogacía – Universidad Nacional de Cuyo

La doctrina administrativista ha analizado las relaciones jurídicas entre los trabajadores estatales con el Estado empleador, poniendo particular acento en el carácter público del vínculo y las características que lo distinguen de las típicas relaciones laborales de derecho privado, por cuanto existe una suerte de desequilibrio "*natural*" entre las partes del contrato.

Por su parte, las instituciones, categorías y conceptos del Estado social y democrático de Derecho, están enraizadas en la dignidad superior del ser humano y en los derechos fundamentales que emanan. El derecho y la administración pública tienen el desafío pendiente de alcanzar un modelo de Estado con un compromiso permanente en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Para tal objetivo, la eficiencia, la "buena administración", es elemental.

La mentada relación de desigualdad en el empleo conlleva una innegable trascendencia pública, toda vez que tales contratos se configuran o conforman con el objeto de la prestación de servicios a favor de la administración y, a través de ésta, a los particulares. De tal modo es que el vínculo de empleo público adquiere una trascendencia social innegable.

Una de las funciones esenciales del Estado es la puesta en marcha de las instituciones que hagan posible la lograr sus propios fines, siempre en el marco del bien común. Así, se entiende que para la buena administración, el gobierno no es un fin en sí mismo, sino una institución al servicio de los ciudadanos que debe acreditar su compromiso para que todos los ciudadanos puedan ejercer en mejores condiciones todos y cada uno de los derechos fundamentales (Rodríguez Arana Muñóz, 2006)[1].

Necesariamente, a mi criterio al menos, la noción de una buena administración deberá ligarse a la de la eficiencia de la gestión pública, entendiendo para tal, la utilización óptima de los recursos. Entre éstos, el recurso humano resulta el más complejo y delicado.

Los resultados más eficientes se alcanzan cuando se hace uso adecuado de estos factores (el humano, por ejemplo), en el momento oportuno, al menor costo posible y cumpliendo con las normas de calidad requeridas. En la gestión pública, la eficiencia, reviste carácter estratégico

1 RODRIGUEZ ARANA MUÑÓZ, J. (2006). *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas.* Pamplona: Thomson Aranzadi.

por su impacto en el empleo, en la promoción del desarrollo de las empresas privadas y en la competitividad sistémica. (Cassagne, 2004)[2]. La buena administración, además de principio general de actuación administrativa y de obligación inherente a los poderes públicos, es un derecho fundamental de los ciudadanos, dado que permite promover los derechos fundamentales de los ciudadanos y posibilitar a cada persona un espacio de dignidad propio de la condición humana.

Su análisis resulta, entonces, de vital importancia para el estudio de la buena administración y los actos necesarios para alcanzarla.

En ese ejercicio de las facultades públicas puestas al servicio de la comunidad de referencia se estrechan vínculos contractuales que, para la legislación de la Provincia de Mendoza (Estatuto del Empleado Público Decreto-Ley 560/73), son de carácter excepcional. El mismo cuerpo legal supone los mecanismos de ingresos a través de concursos públicos intentando "reclutar" a "los mejores" entre los interesados de formar parte de la *cosa pública*.

Entre otros efectos, la sustitución de los mecanismos legales de ingreso al empleo público por la utilización de los contratos, implica no sólo la anulación de un procedimiento, sino de un derecho, el de la carrera administrativa. Se trata pues de un derecho del trabajador y un deber para la administración, cuya omisión no sólo afecta a ambos, sino a la comunidad en general por los efectos que provoca.

Sin embargo, más allá de lo estrictamente jurídico, la realidad de la que partimos es que el Estado (en Argentina) –en su forma Nacional, Provincial o Municipal– es el mayor empleador y lo hace, sistemáticamente, mediante contrataciones individuales. Las mismas se justifican o fundan en necesidades de administración pero en la realidad responden a prácticas políticas/sociales que decantan en vínculos fraudulentos. Consecuentemente, esa praxis sistemática de concertación de empleos más allá de las necesidades de administración, no hacen más que provocar la ineficiencia estatal y arrastrar al mismo a futuros conflictos fundados en el proceder ilegítimo en esa contrata.

Como se suele decir y en rigor de verdad, todos los que se desempeñan en la administración pública, lo hacen en virtud de una relación contractual, ya que se necesita la voluntad de las partes para que ello ocurra, con duración limitada y sin estabilidad en los empleos.- (Gordillo, 2014)[3]

En un territorio como el argentino donde la excepción suele convertirse en la regla, los contratos de empleo público han sido adoptados como mecanismos típicos para el ingreso de nuevos agentes a la administración. Estos contratos, reconocidos y admitidos por el ordenamiento local pre-citado, deben cumplir los recaudos de que se concrete para la "*realización o ejecución de trabajos y/u obras de carácter temporario, estacional o eventual, que por su naturaleza o transitoriedad no pueden ser realizados por el personal permanente*" (art. 8 Decreto-Ley 560/73). Se entiende así que el legislador quiso que se contratara para alcanzar objetivos específicos y estrictamente necesarios de la administración, por tiempo determinado.

---

2 CASSAGNE, J. C. (2004). *Características Principales del régimen de contrataciones de la Administración Nacional.* Buenos Aires: Lexis Nexis.

3 GORDILLO, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas.* Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

La misma regla o principio sobre el que se asientan las relaciones de empleo público, encuentra su mejor expresión en el artículo 14 Bis de la Constitución Nacional Argentina, toda vez que imperativamente establece que las leyes asegurarán la "estabilidad del empleado público". En su recto sentido la norma proscribe la ruptura discrecional del vínculo de empleo público y es, así, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.- (Gordillo, 2014)[4]

Amén de la referida excepción legal que admite, bajo ciertas circunstancias la posibilidad de realizar contratos de empleo público, también suelen utilizarse otras figuras propias del derecho privado, como ser la locación de servicios (regulada en los artículos 1251-1261 y 1279-1279 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina), o contrato de obras y servicios, según la nueva redacción.

Tanto un supuesto, como el otro (contrato de empleo público propiamente dicho o contrato privado de servicios), reputan ser figuras legales perfectamente válidas, siempre y cuando se respeten los lineamientos para los cuales el legislador los creó. No obstante ello y advirtiendo que excepcionalmente se utilizan de forma "apropiada", la regla viene siendo la de un uso que podría calificarse como *fraudulento*, toda vez que los fines no son los previstos en la normativa.

Normalmente, es la misma administración la que "califica" el contrato para someterlo a una regulación pública, privada o una mixtura, que torna inequívoca la actitud antirreglamentaria. De hecho, aún en supuestos en los que se quiere calificar la relación como "privada", ésta decae fácilmente toda vez que varios aspectos de su relación que se encuentran sometidos al derecho público. Así, por ejemplo, cualquier acto que dicte la administración con respecto a estos agentes (su nombramiento o remoción, sanciones, etc.) a pesar de referirse a una relación calificada como de "derecho privado", constituye un acto administrativo que debe respetar además todos los principios del derecho público en lo relativo a forma, competencia, procedimiento, objeto, etc..- (Gordillo, 2014)[5]

Dichas contrataciones, en lugar de favorecer la dinámica administrativa, la tornan claramente ineficientes, perjudicando a la propia administración, tanto así como a los particulares.

Sin embargo, más allá de las necesarias distinciones o aclaraciones previas, en el presente me avocaré al supuesto de contrato de empleo público admitido en el citado estatuto regulatorio de estas relaciones. Frente a esta situación es que surge la problemática que se intenta plantear por el presente.

Esto es que en Argentina, a partir de la Reforma Constitucional de 1994, el plexo normativo jerárquicamente superior se integra con normas de derechos humanos, claramente protectorias del trabajo en todas sus expresiones (tanto así como el ya citado artículo 14 Bis). La jerarquización Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, produjo la confirmación del sistema internacional de derechos humanos, que obligó a replantear el instituto del empleo público y las diversas relaciones jurídicas que generan.

---

4 GORDILLO, A. (2014). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

5 GORDILLO, A. (2014). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Se ha admitido, a través de la Reforma, que los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos adquieren jerarquía Constitucional por encima de las leyes nacionales y provinciales. De tal modo, aquellas convenciones internacionales protectorias de las relaciones de empleo (por su desigualdad/desequilibrio intrínseco) como ser la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1947), Declaración universal de los derechos humanos (1948), Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (O.I.T. 1982), Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Convención Nº151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (O.I.T. 1978), Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –entre otras–, ratificadas por Argentina, han pasado a cumplir un rol fundamental toda vez que implicarían un "escollo" o límite a la discrecionalidad o arbitrariedad de la administración en la selección de los mecanismos legales de contratación y sus objetivos.

El contrato público que aparece, en punto a la competencia y al procedimiento de contratación, regido por el derecho administrativo, recibe también la injerencia del derecho internacional público o privado, a través de ordenamientos supranacionales como son los tratados internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, poseen –como mínimo– una jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN) formando parte, en algunos casos determinados, de la Constitución misma, aunque sin alterar su estructura dogmática.- (Cassagne, 2004)[6]

Partiendo de esa noción por la que tales relaciones (las de empleo público) se encuentran igualmente protegidas –incluso los contratos– por el sistema de jurídico de derechos humanos, los juristas se encontrarán con un nuevo planteo o desafío. Este es, que la administración pública que utiliza discrecionalmente estos contratos para ocultar reales relaciones de empleo público, por sus fines meramente políticos/sociales sin un sustento jurídico/fáctico suficiente, se encontrará con que dichos vínculos contractuales que en un principio eran adoptados por su *flexibilidad*, *simpleza* y por la posibilidad de imponer su cese con el mismo criterio con el que se contrató (discrecionalmente), no pueden verse concluidos. Al menos no con tal arbitrariedad.

Como muchas circunstancias de lo cotidiano, como las que intento presentar, muestran otra faceta. Ésta es la que nos trae a las consideraciones actuales.

Al mismo tiempo que la administración utiliza las herramientas jurídicas con vínculos inestables o endebles y que, éstas relaciones, las consideramos particularmente protegidas por los derechos humanos, surge el interrogante de que se esté contribuyendo a una administración "superpoblada", a la cual no han ingresado *los mejores* o los *más idóneos* –como ordena la ley para el ingreso "normal"–. Pareciera, entonces, que no quedaría más opción que la de elegir entre proteger a aquellos empleados en la desigualdad que implica el trato laboral con el Estado y contribuir a su mantenimiento dentro de esta órbita y con esas reglas, y a la ineficiencia administrativa que provoca; u obviar el mandato Constitucional y Convencional, en procura de un Estado más "ajustado" a sus necesidades reales donde pueda disponer de estos instrumentos contractuales conforme la necesidad del tiempo social/político de turno.

---

6 CASSAGNE, J. C. (2004). *Características Principales del régimen de contrataciones de la Administración Nacional.* Buenos Aires: Lexis Nexis.

Frente a ello, el interrogante que surge es cómo lograr un administración eficiente y más productiva sin que ello implique deshacer contratos en curso, que están legítimamente protegidos por el marco jurídico argentino –Constitucional y Convencional–.

Considero que, en primer término no hay duda de que debe subsistir el sistema internacional de Derechos Humanos y la aplicación de los criterios elaborados por los Organismos Internacionales en materia contratos y empleo público, que obligan al jurista a entender al "trabajador del Estado" como protagonista de la relación jurídica existente entre los mismos.

Frente a tal supuesto jurídico protectorio, se encuentra el desafío de los juristas de promover la protección de aquellos vínculos contractuales que no se ejecutan en respecto a los presupuestos legales que lo admiten, que por tanto resultan fraudulentos, y contribuir así a alcanzar los mayores estándares de buena administración o una administración eficiente. A partir de una exigencia férrea del estricto respeto a los derechos humanos que protegen al empleado público, el devenir de la administración pública deberá –necesariamente– ajustar su actuar a tales normas. De lo contrario, la responsabilidad por los perjuicios de la mala administración, debiera recaer directamente por los mismos administradores de la "cosa pública".

LA CONDENACIÓN EN COSTAS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR ADMINISTRATIVO

Magistrada Cleopatra González Almonte
Jueza de la corte de Apelación laboral de la provincia de santo domingo

I. INTERPRETACION DE ARTICULOS DE LA CONSTITUCION SOBRE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

En nuestro país, la República Dominicana la función pública y sus estatutos, reglamentos y la jurisdicción competente quedan establecidos y descritos en nuestra Constitución Dominicana del año 2015.

Pocas cosas en la vida son gratuitas. La justicia, no es una de ellas. En una ficción del constituyente[1], se entiende que la justicia no ha de ser pagada por cuanto el Estado designa (y paga) a servidores públicos para la administración de la misma. Incluso en este sentido teleológico, la justicia no es gratuita, pues tales servidores públicos son honrados sus salarios y demás costes económicos del sistema, por medio de la recaudación del pago de los impuestos. El Estado no es una empresa, no genera riquezas, y por la misma manera que tiene de auto financiarse, es a través del sistema de recaudación tributaria que, lógicamente, sale de los bolsillos de los usuarios. Ahora bien, acceder al órgano jurisdiccional es costoso, en algunos casos altamente costoso, pues aun en los casos que legalmente no es necesario el ministerio letrado (tal es el caso del amparo) la misma mecánica practica exige la constitución de un abogado que represente y postule por los intereses propios. A pesar de que una persona se sienta en capacidad intelectual de auto representarse, el "tigueraje procesal" que se ventila en cualquier contienda judicial, conmina al más culto de los ciudadanos a hacerse representar por un (a) togado (a).

Naturalmente, los servicios profesionales de la abogacía cuestan, y cuestan mucho. Sobre todo en los litorales del derecho administrativo donde, cada día más, se hace un derecho más cotizado. En ese sentido, una persona que debe acudir una litis contencioso administrativo por efecto de un acto administrativo defectuoso, por ejemplo, y que le produce algún agravio, o bien, cuando un ente u órgano público es llevado a juicio por cualquier ciudadano, ha de entenderse que ni el uno ni el otro, llega ante un juez porque quiso, sino porque lo llevaron, a llegar ante aquél que está detrás del Cristo Crucificado, es oneroso, por lo tanto, quien resulte vencido, como una especie

1 Artículo 69, inciso 1, Constitución de 2015: "Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación… el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita..."

de justicia social, debe soportar el pago de los gastos de procedimiento tanto propios como del adversario ganancioso. Esta regla impera en el derecho privado de forma estricta, pero no en el derecho procesal administrativo donde, salvo un caso excepcional, judicialmente no se ha admitido la condenación en costas. Note el lector, que hemos dicho "judicialmente no se ha admitido", pues como veremos más adelante, existe la tesis de que la ley expresamente no lo prohíbe.

En sentido general las costas buscan restituir la situación económica de la parte que se ha visto obligada a incurrir en los gastos del proceso como consecuencia de la actuación reprochable de su adversario procesal. Dentro de los gastos del proceso hay tantísimas actuaciones que se pueden listar (citaciones, pago de impuestos, ministerio de alguacil, etc.) pero también están los honorarios del abogado contratado, por lo general firmante de un contrato *cuota litis* que, literalmente significa, que al abogado contratado le corresponde "una parte del litigio: "… esto es, que en caso de resultar ganancioso en el proceso, al abogado le corresponderá una parte de los beneficios adquiridos por el cliente"[2]. Incluso jurisprudencialmente se ha llegado a admitir que los honorarios profesionales están también incluidos dentro de las costas; sin embargo, independientemente de esto último, que puede dar lugar a otra discusión, lo cierto es que tanto las costas como los honorarios, deben ser soportados por la parte vencida en el proceso.

En nuestra constitución, en el art. 8 expresa que es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

El estado social, democrático de derecho es un sistema jurídico que procura fortalecer los servicios, garantías y derechos necesarios para la participación social plena.

Este sistema está basado en promoción de derechos sociales, o sea, los relacionados con los más desfavorecidos, y en la obligación del estado de actuar a favor de la integración de todos los ciudadanos evitando la exclusión y la marginación, a través de la compensación de las desigualdades y la redistribución de la renta.

El estado de derecho, per se, es la subordinación del poder al derecho, al régimen jurídico vigente, de manera que las actividades de los órganos y entes públicos están regulados y controlados, sometidos a un sistema de freno y contrapeso, para un adecuado ejercicio del poder, con respeto a las libertades públicas y a la dignidad humana.

El contexto original, la administración pública equivale al Poder Ejecutivo, abarcaría progresivamente al conjunto de entes, órganos y funcionarios que realizaban las funciones del Estado distintas a legislar y juzgar. Más que una función o cuerpo burocrático, se refiere, actualmente, sin embargo, un tinglado institucional permanente ligado a los ciudadanos por una constante relación.

Que la re dimensión de los derechos fundamentales de las personas conlleva la inclusión dentro de los mismos de un derecho fundamental a una buena administración, que no se manifiesta ex-

2 Hernández Perera, Yoaldo. Las Demandas: Materia Civil, Comercial y de los Referimientos. Página 77. Primera Edición. Editora Soto Castillo. Año 2015, Santo Domingo. Rep. Dom.

clusivamente para las garantías jurídicas de las personas, sino que se orienta fundamentalmente en el aumento de la calidad de los servicios y actividades que realiza la administración pública, así como el derecho de las personas de ser indemnizados a consecuencia de las lesiones a sus bienes o derechos ocasionados por una actuación antijurídica de la administración o en los casos de actuación regular cuando se ocasione un sacrificio particular.

Toda persona tiene derecho a una buena administración pública, que se concreta, entre otros, en derechos subjetivos de orden administrativo: El derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes y derechos como consecuencia de la actividad o inactividad de la administración.

II. LA CONDENACIÓN EN COSTAS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR ADMINISTRATIVO.

Con la ley núm. 1494 del 2 de agosto del 1947, fue instituida la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, a su vez, mediante la ley núm. 13 del 5 de febrero de 2007 fue traspasada las funciones jurisdiccionales al Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo que, finalmente, fue rebautizado por la Constitución de 2010, como Tribunal Superior Administrativo[3]. Ante esta jurisdicción se ha tenido una tradición de "no condenación en costas" en los procesos judiciales allí ventilados bajo el razonamiento de que en litigios contencioso-administrativos no procede en ningún caso la condenación en costas. (Ley No. 1494 del 1947, artículo 60 párrafo V.- En este recurso no habrá condenación en costas)"[4]. Se debe hacer notar que la cita anterior hace constar que "en ningún caso" procede condenar en costas en los procesos contenciosos administrativos, empero, creemos que la afirmación es muy peligrosa, no solo por lo que diremos más adelante en el caso de las medidas cautelares, sino porque además, luce una lectura errada de la letra de la citada ley.

En efecto, el artículo 60 de la ley núm. 1494 del 1947 aun cuando se encuentra ubicado dentro del capítulo V, relativo a las "disposiciones generales", hace clara referencia a un caso concreto: el recurso de casación. Recordemos que esta legislación del 1947 no es solo lacónica en su redacción, sino muchas veces ambigua, tal es el caso de colocar en el epígrafe de "disipaciones generales" los recursos abiertos contra las sentencias dictadas por el Tribunal Superior Administrativo cuando ese título, por lo general, es dedicado a la forma de entrada en vigencia de la ley, derogatorias, etcétera. De cualquier manera, el artículo 60 desde su parte capital hasta sus párrafos I, II, III, IV y V, inclusive, está refiriéndose exclusivamente al recurso de casación, no al recurso contencioso administrativo, y es por ello que cuando en el párrafo V de ese artículo 60 se lee: "en este recurso no habrá condenación en costas", el legislador ha querido referirse al recurso de casación, y no al contencioso. La afirmación es sustentable en el hecho de que, estructuralmente, dentro de la redacción de una norma jurídica los párrafos hacen referencia a un mismo artículo para ampliar, reforzar o aclarar algún aspecto de su contenido regulado, por lo mismo, sí el artículo sesenta de esta ley se refiere de forma cerrada al recurso de casación, no es silogísticamente prudente concluir que el párrafo V, que está dentro del tópico regulatorio "recurso de casación", de repente se refiera al "recurso contencioso administrativo".

---

3 Disposición Sexta, Transitoria, Constitución 2010: "El Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario existente pasará a ser el Tribunal Superior Administrativo creado por esta Constitución…"

4 Véase Sentencia 00518/2014 de fecha 30/09/2014. Expediente núm. 0900427. Tecnología Digital S.A. versus Dirección General de Impuestos Internos. Disponible en: http://www.poderjudicial.gob.do/

En otro orden, este argumento es reforzado por el hecho de que la propia ley 13-07, sobre transición, expresamente prevé la posibilidad de condenar al pago de las costas. Por tanto, carece de lógica que si se pueda condenar en costas en una medida provisional como es la tutela cautelar y no en el fondo del recurso mismo"[5]. Ciertamente, en el contexto de la ley núm. 13 del 5 de febrero de 2007, se advierte en su artículo 7, párrafo IV, que, en caso de que la medida cautelar sea concedida, el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario deberá presentarse en el plazo previsto en esta ley; de lo contrario, se ordenara su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de las costas, disposición esta que abre más la brecha a la tesis de posibilidad de condenar en costas en un proceso contencioso administrativo.

En una medida cautelar anticipada, lo mismo que en el recurso contencioso administrativo, un ente público u órgano de la administración pueden ser la parte motora de la acción o del recurso. Es decir, un ente público puede solicitar una medida cautelar, aun contra un acto de otro ente u órgano del Estado, y si finalmente el ente público solicitante de la medida anticipada no radica el condigno recurso que le serviría de comodín o soporte a la medida, procederá no solo el levantamiento de la tutela cautelar concedida sino, además, la correspondiente condenación en costas a la entidad de la administración pública perdidosa. Es decir, la condenación en costas no solo obraría, según el texto de la ley núm. 13-07 para el caso de personas físicas o jurídicas de derecho privado, sino también para a administración.

En principio podría pensarse que en el caso de la administración pública, como ésta es representada por un servidor público (Procurador General Administrativo), cuando esta es vencida no debería soportar el pago de las costas procesales, como ocurre en sede penal con el Ministerio Público[6] y la Defensa Pública[7]. Sin embargo, existen tres razones básicas para no aplicar el mismo remedio procesal de la sede penal: *1ro.*- La legislación contenciosa administrativa, expresamente, no exonera de la condenación en costas a la administración pública; *2do.*- El ente público u órgano del Estado (especialmente dependencias descentralizadas), puede contratar servicios de abogados privados, lo cual representa un gasto eventual del presupuesto asignado a la cartera del Estado de que se trate; y, *3ro.*- En principio, el Procurador General Administrativo no obedece a los mismos criterios sociales que el Ministerio Público en el ámbito represivo.

Ya hemos expuesto la posición respecto de que la legislación contenciosa administrativa, expresamente no prohíbe la condenación en costas. Resta por analizar los otros dos aspectos que le siguen. En ese sentido, se debe citar la disposición del artículo 6 de la ley núm. 13-07, según el cual "el Distrito Nacional y los municipios que conforman la Provincia Santo Domingo serán asistidos y representados en los asuntos que cursen ante el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo por los abogados que tengan a bien designar los órganos y entidades públicas podrán designar

---

5 García del Rosario, Argenis. Derecho Procesal Admnistrativo. Página 280. Primera Edición. Editora Soto Castillo. Año 2016, Santo Domingo. Rep. Dom.

6 Art. 247, Código Procesal Penal: Los representantes del ministerio público, abogados y mandatarios que intervengan en el proceso no pueden ser condenados en costas, salvo en los casos de temeridad, malicia o falta grave, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y de otro tipo en que incurran.

7 Art. 28.8, Ley núm. 277/04: el defensor público tiene derecho a no ser condenado en costas en las causas en que intervenga.

abogados para que los representen…"[8] Es decir, conforme a esta cláusula legal, la administración puede contratar servicios de abogados que, en la mayoría de los casos, según vemos en la práctica, no son letrados asalariados del mismo ente público para esos fines a título de "departamento legal" de la institución, sino que son oficinas de abogados privados rentados o pagados por esa entidad. Además, si bien las instituciones públicas están exoneradas de la mayoría del pago de los impuestos que se sirven en las instancias judiciales, la realidad práctica revela que estos gastos son ínfimos, sobre todo si le compara con otros gastos procesales como pago en citaciones, comunicaciones, diligencias, alguaciles, etcétera, que han de ser sufragados por el bolsillo privado.

En un segundo momento, hay quienes asumen que el Procurador General Administrativo no es parte del Ministerio Público, pues su designación corresponde al Poder Ejecutivo, y no tiene razones jurídicas que lo obligan a representar a la sociedad en los litigios ante la jurisdicción contenciosa administrativa el rol del Procurador General Administrativo no es representar a la sociedad, sino el de representar a la Administración Pública…"[9]Independientemente de esta opinión doctrinaria, lo cierto e indiscutible, es que en la practica la finalidad del Procurador General Administrativo es defender a la administración pública, muchas veces frente a actos claramente lesivos del interés particular, e incluso social. Pero su labor, a diferencia del Ministerio Público en sede penal, no es para con la sociedad, sino para la administración que, no en pocos casos, es una parte más en el proceso con fines propios y particulares que no necesariamente van en provecho de la colectividad.

La condenación en costas en sede contenciosa administrativa puede representar, para la Administración, un ingreso importante sobre todo en momentos de difícil situación económica como la que se vive. Si la parte vencida es un particular, por ejemplo, una empresa privada, los gastos y honorarios en que haya incurrido el ente público u órgano del Estado ganancioso podrán ser percibidos y cobrados como una especie de recaudación que iría a amortizar el presupuestos asignado a esa entidad y, por lo mismo, una forma de mejor desempeño financiero en el ejercicio de sus funciones. Del otro lado, si la entidad pública es la vencida, las costas y honorarios serían para ésta, un gasto presupuestario que sería cobrado en la forma detallada en la ley núm. 86/2011 sobre fondos públicos, según que, posea recursos económicos en su presupuesto el ente público condenado o que haya que colocarlo en la partida presupuestaria del año siguiente.

Cabe advertir que si los abogados que han representado al ente público u órgano de la administración son profesionales pertenecientes a oficinas privadas, serán estos quienes podrían perseguir el cobro de esos honorarios y costas procesales en su provecho; empero, si se ha tratado de abogados asalariados del ente público, en el sentido, de pertenecer a un departamento legal de esa entidad pública, o bien, cuando actuare el Procurador General Administrativo en representación de la administración, el ingreso por ese concepto deberá ser insertado en el presupuesto en cuestión de la entidad y el titular con derecho a su cobranza sería únicamente el ente público o administración correspondiente.

---

8 El art. 166 de la Constitución de 2010, también es base normativa de esta disposición.

9 BarnichtaGeara, Edgar. Derecho Tributario. Tomo II. Páginas 1109-1111. Primera Edición, año 2011. Editora Centenario. Santo Domingo. Rep. Dom.

A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe[10]. Además de que, existen más razones, para alentar la condenación al pago de las costas, ya sea a favor de la administración pública (lo cual representaría una forma ingreso presupuestario) o en contra de la misma (a favor de particulares) en cuyo caso sirve de elemento de sostenibilidad del ejercicio de la profesión del derecho, pues estos profesionales ejercen su labor con amor y arte, pero no por amor al arte.

"Artículo 164.- Integración. La Jurisdicción Contencioso Administrativa estará integrada por tribunales superiores administrativos y tribunales contencioso administrativos de primera instancia. Sus atribuciones, integración, ubicación, competencia territorial y procedimientos serán determinados por la ley. Los tribunales superiores podrán dividirse en salas y sus decisiones son susceptibles de ser recurribles en casación."

La Constitución dominicana en la sección I, capítulo IV, se refiere a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la cual estará conformada por tribunales superiores administrativos y tribunales contenciosos administrativos de primera instancia.

Mediante la ley se determinará su integración, así como ubicación, procedimientos y competencias territoriales. La composición de los jueces, los requisitos específicos y otros criterios deben estar claramente determinados. Las exigencias para estos son los mismos que rigen los de primera instancia y los de cortes de apelación.

"Artículo 166.- Procurador General Administrativo. La Administración Pública estará representada permanentemente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el Procurador General Administrativo y, si procede, por los abogados que ésta designe. El Procurador General Administrativo será designado por el Poder Ejecutivo. La ley regulará la representación de los demás órganos y organismos del Estado."

De acuerdo con este articulo, el Procurador General Administrativo o las personas que el este designe serán el representante permanente de la Administración Pública ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, aunque advierte que la representación de los órganos u organismos del Estado serán regulados por ley.

Es de uso y costumbre que las actuaciones de los abogados dentro de sus escritos en sus conclusiones añadan la condena al pago de las costas procesales por entender que llevaron el caso a su totalidad, esto se ve en las diferentes materias del derecho en la República Dominicana, se entiende por costas procesales los gastos que deben incurrir las partes involucradas en un juicio. Estás incluyen los gastos que incurre el abogado dentro del proceso que son necesarias para que el mismo se lleve a cabo como las notificaciones, tasas, pagos de los auxiliares de la justicia de ser necesario que se involucren en el proceso. Por lo general incurre en el pago de las costas la parte que ha perdido el pleito.

Ya bien dicho antes es de uso y costumbre que las actuaciones de los abogados, a la parte sucumbiente se le condene en el pago de las costas dentro del proceso, pero con la formación de el Tribunal Contencioso-Administrativo en materia de administrativa está disposición quedó eliminada bajo el citado artículo 45 de la referida ley.

---

10 Artículo 40, inciso 15 de la Constitución de la República del año 2010.

Que nuestra Suprema Corte de Justicia en sentencia de fecha 25/03/2015, B.J. Num.1252 del mes de marzo 2015, expresa: **CONSIDERANDO**: Que en materia de Contencioso – Administrativo no hay lugar a condenación en costas de conformidad con las disposiciones del articulo 60, párrafo V de la ley 1494, del 1947, que constituye la jurisdicción Contencioso - Administrativa, aun vigente en este aspecto, que además en la sentencia Núm. 54-2014 de fecha 31/01/2014, el Tribunal Contencioso-Administrativo, declaro el proceso libre de costas, aunque era una inadmisión del recurso.

La Ley 302 sobre Honorarios de Abogados, del 18 de junio de 1964, modificada por la Ley No. 95-88, del 20 de noviembre del 1988, establece los montos mínimos de los honorarios que deben ser cobrados por los abogados en el ejercicio de su labor profesional en justicia o fuera de ella e indica que se determinaran los mismos, con arreglo a la ley, es decir, las tarifas expresamente establecidas en su artículo 8.

Conforme las disposiciones de dicha ley, en su artículo 9, los abogados deben someter un estado detallado, contentivo de los gastos y honorarios ante el Juez correspondiente, para su aprobación.

Es la práctica constante, que para liquidar los estados de gastos y honorarios, usualmente las partidas son sometidas ante el Juez, con montos estimados por los abogados, superiores a las irrisorias tarifas establecidas en la Ley 302 y por lo general, son aprobados, con montos modificados de acuerdo a la soberana apreciación del Juez.

Visto lo anterior, los montos establecidos en la ley 302, a lo largo de sus 52 años de vigencia, en la actualidad, resultan ser una referencia prácticamente simbólica, pues ni los abogados, ni los jueces, suelen someter o aprobar partidas conforme las tarifas legales expresas del artículo 8, pues se tratan de montos que han quedado totalmente obsoletos.

Siendo así las costas, en cuanto a los criterios para la liquidación de gastos y honorarios de abogados basados en la ley 302-64, nos encontramos ante tres escenarios posibles:

La determinación de las partidas conforme la soberana apreciación del juez **(escenario más común).**

La determinación de las partidas conforme ajuste por inflación por aplicación combinada de los artículos 8 de la Ley 302-64, 289 y 327 del Código Tributario **(antecedentes en la Suprema Corte de Justicia y otras instancias)**.

Aplicación taxativa de las tarifas determinadas por el artículo 8 de la ley 302 de 1964 **(prácticamente en desuso).**

Es preciso señalar, que el auto 48-2013 dictado por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, busca llamar la atención sobre los criterios de valoración de las partidas de los gastos y honorarios, toda vez que el mismo fue solicitado y aprobado por un monto de RD$20,515.00. Sin embargo, se deja claramente establecido que por la aplicación del ajuste de las tarifas de la ley, el monto hubiese sido de RD$440,387.88.

Si verificamos por ejemplo, el caso de la Ley 479-08 modificada por la ley 31-11 sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, la propia ley establece en su

artículo 91, un mecanismo particular para el ajuste por inflación de los montos mínimos de Capital Social, otorgando la facultad reglamentaria al Ministerio de Industria y Comercio para ajustarlos conforme los índices de precios al consumidor publicados por el Banco Central de la República Dominicana como referente indexa torio.

Esperamos que la ley 302-64 sobre honorarios de abogados, así como en su momento fue derogada la ley 301-64 sobre el Notariado, sea eventualmente modificada, adoptando mecanismos expresos de ajustes por inflación y tal vez, otorgando la facultad reglamentaria a la Suprema Corte de Justicia de ajustar las tarifas conforme los índices de inflación, de manera que sea posible unificar los criterios para la liquidación de los estados de gastos y honorarios de los abogados, de manera vinculante para todos los tribunales.

De manera personal concluyo diciendo que por el carácter administrativo e independiente que deben tener los tribunales, deberían de pagarse las costas del procedimiento, ya que según nuestro ordenamiento jurídico en todo proceso en que intervienen abogados debe de cobrarse gastos de procedimiento, si se tiene ganancia de causa; aunque la Suprema Corte de Justicia a dicho a secas que en esa materia no se condena en costas y el Tribunal Superior Administrativo lo sigue haciendo así, no es justo que no se condene al Estado cuando los ciudadanos particulares accionan y ganan el proceso, lo mismo cuando esos ciudadanos accionan erráticamente deben ser condenados al pago de costas.

Ahora bien, por la naturaleza revisora (historia) de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se trata de un juicio Objetivo y por consiguiente es natural que no haya condenación en costas.

ANÁLISIS DEL NUEVO RÉGIMEN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS ELECTRÓNICAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN[1]

Autora: Débora Gisela Paredes
Abogada. Profesora Superior en Abogacía. Maestrando en Derecho Público.
Docente concursada de la asignatura Derecho Administrativo.
Universidad Nacional de Rosario (Santa Fe, Argentina)

Resumen

Los avances tecnológicos producidos en los últimos años han llevado a la administración pública al empleo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, transformando su modo de relacionarse con terceros, particularmente en el campo contractual. Ello hizo necesario el dictado de normas que regulen la contratación por medios electrónicos, determinando el procedimiento de selección del cocontratante y la celebración de los contratos públicos que se realicen en formato electrónico. En ese contexto se analiza el recientemente vigente "Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional" denominado "COMPR.AR", nuevo portal de compras públicas electrónicas, que define entre sus beneficios la transparencia, accesibilidad, agilidad e innovación, a fin de determinar si se hace efectivo el principio de buena administración en las contrataciones públicas electrónicas, entendido éste como un derecho fundamental de los ciudadanos y un deber de la administración.

I. Introducción

Desde la segunda mitad de la década del 90 venimos transitando un cambio de paradigma en la gestión estatal que pretende superar el modelo estatal basado en el formalismo burocrático para consagrar el modelo de administración servicial, centrada en el ciudadano.

En nuestro país, dicho tránsito fue impulsado por los constituyentes de 1994 al incorporar en la parte dogmática de la Constitución Nacional, los principios de calidad y eficiencia en los servicios públicos (art. 42); los que, como ha señalado el doctor Ismael Mata, tienen efecto expansivo sobre las demás funciones y actividades estatales, en la medida que se los asocie con valores constitucionales como los contenidos en el preámbulo, en las "cláusulas de la prosperidad" y "el progreso" y con los objetivos de la política tributaria.[2]

---

1 Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación 1DER 195 "Las nuevas tecnologías en la gestión y control de la actividad administrativa",bajo la dirección de la Dra. Analía Antik y radicado en la Maestría en Derecho Público y el Centro de Investigaciones de Derecho Administrativo (CIDeA), ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

2 COMADIRA, G. F., "Nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo", en Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional, Ed. Ediciones Rap, 1º edición, 2015, p. 463.

En este contexto, entiendo que no podemos soslayar que el uso de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones constituyen un pilar fundamental en la consolidación del moderno paradigma de gestión estatal, de administración servicial, centrada en el ciudadano, que se realiza en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho y dentro del cual es posible la realización del derecho a la buena administración en la gestión estatal.

Desde esta perspectiva se analizará el régimen nacional de contrataciones públicas electrónicas a fin de determinar su eficacia a la luz de los postulados que rigen el gobierno electrónico y los principios que ilustran el proceso de modernización de la gestión pública en miras de efectivizar el derecho de los ciudadanos a la buena administración.

II. Régimen Nacional de Contrataciones Públicas Electrónicas

Con la sanción del *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional* aprobado por Decreto delegado Nº 1.023/2001[3] el gobierno sentó las bases para la contratación por medio electrónico, permitiendo que el procedimiento de selección del cocontratante y la celebración de los contratos públicos se lleven a cabo a través del formato electrónico.

Dicha norma dedica un capítulo a la regulación de las *"Contrataciones Públicas Electrónicas"*, disponiendo en su artículo 21 que las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. Asimismo, establece que las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación. Además, prevé que serán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, y que deberá considerarse que los actos realizado en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del artículo 8 de la Ley 19.549[4], su modificatoria y normas reglamentarias. Y además, establece que los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

---

3 Por Decreto Delegado Nº 1.023 de fecha 13 de agosto de 2001 el Poder Ejecutivo instituyó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en ejercicio de facultades delegadas por la Ley Nº 25.414 para determinadas materias de su ámbito de administración y resultantes de la emergencia pública, tendientes a fortalecer la competitividad de la economía o a mejorar la eficiencia de la Administración Nacional. Posteriormente, mediante el Decreto Nº 893 del 7 de junio de 2012 y sus modificatorios se aprobó la reglamentación del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, actualmente derogado por el Decreto Nº 1.030 del 15 de septiembre de 2016 bajo análisis en el presente trabajo.

4 La Ley de Procedimiento Administrativo Nº 19.549, sancionada el 4 de abril de 1972, regula en su artículo 8 la Forma de los actos administrativos, disponiendo que: "El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta."

Como consecuencia del proceso de modernización de la gestión estatal que venimos atravesando, en diciembre de 2015 el Poder Ejecutivo dispuso la creación del *Ministerio de Modernización*[5] con la finalidad de impulsar, entre otras políticas, el desarrollo de tecnologías aplicadas a la administración pública central y descentralizada que acerquen al ciudadano a la gestión del Gobierno Nacional, asignándole entre sus competencias la de asistir al Presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros en todo lo inherente al régimen de compras y entender en lo relativo a las políticas, normas y sistemas de compras del Sector Público Nacional.[6]

En ese marco, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Nº 1.030 de fecha 15 de septiembre de 2016, mediante el cual aprobó la nueva reglamentación del Decreto Delegado Nº 1.023/01, "Régimen de contrataciones de la Administración Nacional", con la finalidad de impulsar el desarrollo tecnológico, incorporar tecnologías de la información y de las comunicaciones, aplicar los principios de solución registral y de ventanilla única, simplificar procedimientos con el objeto de facilitar y agilizar la interacción entre el Estado Nacional y los administrados, propiciar reingenierías de procesos, mejorar la eficiencia, eficacia, calidad y sustentabilidad, luchar contra la corrupción, promover la ética y la transparencia, tal como se lee en sus considerandos, en los cuales expresa además, que resulta necesario modificar la normativa en materia de contrataciones públicas adecuándola a los nuevos desafíos y metas del Estado moderno.

Así, el *"Régimen de Contrataciones Públicas Electrónicas"* aprobado por Decreto Nº 1.030/16 establece como principios rectores: que dichas contrataciones se realizarán mediante medios tecnológicos que garanticen neutralidad, seguridad, confidencialidad e identidad de los usuarios basándose en estándares públicos e interoperables que permitan el respaldo de la información y el registro de operaciones, permitiendo operar e integrar a otros sistemas de información[7]. Dispone además, que la *Oficina Nacional de Contrataciones*[8] será el órgano encargado de habilitar los medios para efectuar en forma electrónica los procedimientos prescriptos en dicho reglamento y dictará los "manuales de procedimiento", a efectos de regular el registro y los sistemas de autenticación que permitan verificar la identidad de los usuarios en los medios tecnológicos que se utilicen para realizar las contrataciones públicas electrónicas, los que podrán admitir en la gestión de los procedimientos de selección la firma electrónica o digital. Dicho organismo será el encargado de autorizar las excepciones a la tramitación de los procedimientos de selección en forma

5 El Decreto N° 13 de fecha 10 de diciembre de 2015 dispuso la sustitución del artículo 1° de la Ley de Ministerios N° 22.520, (texto ordenado por Decreto N° 438/92) y sus modificatorias y, en consecuencia, la creación del Ministerio de Modernización. Cabe remarcar que entre los objetivos de este nuevo ministerio se encuentra la formulación de políticas e implementación del proceso de desarrollo e innovación tecnológica para la transformación y modernización del Estado, destinado a fortalecer las capacidades institucionales de los organismos del Sector Público Nacional, elevando la calidad, eficacia y eficiencia de los organismos que la integran, y entre los objetivos de las unidades organizativas dependientes de dicho ministerio se encuentra el de entender en las propuestas e iniciativas de transformación, innovación, mejora continua e integración de los procesos transversales y sistemas centrales de soporte de gestión del Sector Público Nacional, a partir del desarrollo y coordinación de políticas, marcos normativos, capacidades, instrumentos de apoyo y plataformas tecnológicas.

6 Cfr. Decreto Nº 13/2015, artículo 23 octies, apartado 19.

7 Cfr. Decreto 1030/16, Art. 31.

8 La Oficina Nacional de Contrataciones es un órgano dependiente de la Secretaría de Modernización Administrativa del Ministerio de Modernización de la Nación.

electrónica, cuando se encontrase acreditada la imposibilidad de tramitación de la contratación en forma electrónica o justificada la excepción por circunstancias objetivas.

Por otra parte, establece en su artículo 32 in fine, que a partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante la utilización del medio electrónico se tendrán por no escritas las disposiciones relativas actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el sistema electrónico y que las disposiciones referentes a actos que sólo sea posible efectuar en forma material como la entrega de muestras, se cumplirán conforme lo establecido en dicha reglamentación.

III. Análisis del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado "COMPR.AR" a la luz del principio de buena administración

Como consecuencia de lo normado mediante Decreto Nº 1.030/16, la Oficina Nacional de Contrataciones emitió la Disposición Nº 65 de fecha 27 de septiembre de 2016, por la cual dispuso habilitar el "*Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional"* denominado "*COMPR.AR*", y aprobar el manual de procedimiento para las contrataciones que se gestionen en dicho sistema, así como también, las políticas, términos y condiciones de uso y el procedimiento de registro y autenticación de los usuarios. Además, establece que las jurisdicciones y entidades contratantes deberán arbitrar los medios necesarios para proveerse del software y hardware adecuados a fin de implementar el "COMPR.AR" y para cumplimentar los requisitos de los usuarios en cada uno de los roles de operación del aludido sistema.

Este "Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional" denominado "COMPR.AR" es una aplicación que permite efectuar la gestión de las contrataciones públicas íntegramente por internet, accediendo al link: https://comprar.gob.ar/.

Como se advierte al ingresar a este nuevo portal de compras públicas electrónicas, los beneficios de este nuevo sistema son los siguientes: *transparencia:* producto de la mayor difusión e información de las gestiones de compras y contrataciones; *accesibilidad:* toda vez que se trata de un portal de acceso público y gratuito a través de internet; *agilidad:* brinda mayor rapidez y eficiencia en los procesos de compra; e *innovación:* resultante de la implementación de nuevos mecanismos de selección de proveedores y modalidades de contratación.

En mi opinión, no podemos negar que la gestión de las contrataciones públicas íntegramente a través de internet permite: a) evidenciar las necesidades de las jurisdicciones y entidades contratantes, b) presentar ofertas a todos aquellos que deseen ser proveedores, c) realizar el seguimiento del estado de avance de los procedimientos en tiempo real, ya que, cualquier interesado podrá conocer los detalles de las contrataciones que realicen las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional, todas ellas cuestiones que hacen a la transparencia y la participación ciudadana en la gestión y control de la actividad estatal, pilares fundamentales del modelo de administración servicial, el cual permite garantizar el derecho de los ciudadanos a la buena administración.

Podemos afirmar que la normativa bajo análisis evidencia la política pública llevada adelante por el gobierno a fin de implementar el empleo de las TIC en la gestión de la contratación pública,

que realiza desde la perspectiva del ciudadano y sus derechos, en los términos expresados en el preámbulo de la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico[9], que entiende por *ciudadano* cualquier persona natural o jurídica que tenga que relacionarse con una Administración Pública y se encuentre en territorio del país o posea el derecho a hacerlo aunque esté fuera de dicho país.

En otras palabras, el nuevo régimen nacional de contrataciones públicas electrónicas pretende cumplir con la implementación del *"Gobierno Electrónico"*, definido por la Carta Iberoamericana en su artículo 3 como sinónimo de *"Administración Electrónica"*, consideradas ambas como el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos.

IV. Hacia la eficacia y eficiencia del régimen nacional de contrataciones públicas electrónicas

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico establece que los Estados se comprometen a aprobar las normas y dictar los actos necesarios para brindar seguridad y confianza en las relaciones electrónicas, asegurando identidad de la persona, órgano o institución que se comunica como en lo que se refiere a la autenticidad e integridad del contenido de la comunicación[10], asimismo, los Estados deben regular los documentos y archivos electrónicos, sobre los criterios siguientes: equivalencia, validez y conservación y gestión de datos[11]. Además dicho instrumento, enuncia los principios rectores de la aplicación de las nuevas tecnologías a la gestión administrativa, cuyo seguimiento condiciona la eficiencia del gobierno electrónico: igualdad, legalidad, conservación, transparencia y accesibilidad, proporcionalidad, responsabilidad y adecuación tecnológica[12].

Ahora bien, como se ha dicho hasta aquí, nuestro país ha venido dictando normas en materia de contratación pública electrónica: Decreto Delegado Nº 1.023/01 que refiere a las contrataciones en formato digital y lo atinente a su validez y el de las notificaciones realizadas en formato digital firmado digitalmente, la regulación de la firma electrónica y firma digital están contenidas en la ley 25.506 del año 2001 y su decreto reglamentario Nº 2.628/02, Decreto Nº 1.030/16, Disposición ONC Nº 65-E/2016, las cuales referencian los principios que rigen el gobierno electrónico, centrado en el paradigma de administración servicial, que tiende a garantizar el derecho humano fundamental a la buena administración.

La eficacia y la eficiencia de estos postulados de "buen gobierno" se ven afectados en su implementación, cuando el Estado no realiza las transformaciones necesarias en la administración pública, como la implantación de sistemas, equipos y programas necesarios para llevar a cabo estos procedimientos de contrataciones electrónicas y cuando no realiza el despliegue de las infraestructuras que sean capaces de dar soporte a las velocidades de transmisión necesarias

9 "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico", aprobada por IX Conferencia iberoamericana de ministros de administración pública y reforma del Estado, Pucón, Chile, 31 de mayo y 1º de junio de 2007; adoptada por la XVII Cumbre iberoamericana de jefes de Estado y de gobierno, Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007, res. 18 de la Declaración de Santiago.

10 Cfr. Art. 11 "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico"

11 Cfr. Art. 16 "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico"

12 Cfr. Art. 6 "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico", Principios del Gobierno Electrónico

para que el acceso al Gobierno Electrónico constituya una posibilidad real en la medida en que los tiempos de acceso a los servicios no impliquen retardos que sean disuasorios del uso de los medios electrónicos. La banda ancha, mediante tecnologías que permitan un tiempo de respuesta adecuado para el usuario, es una condición necesaria para la puesta en práctica de un acceso real al Gobierno Electrónico[13].

Lamentablemente, en Argentina no están dadas totalmente estás condiciones relativas a la eficiencia y eficacia de la contratación nacional electrónica, ya que se evidencian problemas de cultura organizacional, de infraestructura y conectividad en las reparticiones públicas y también de los proveedores o ciudadanos en general, quienes no se encuentran en condiciones igualitarias de accesibilidad, por motivos económicos, sociales, espaciales o etarios, cuya superación es el desafío principal que deben afrontar los gobiernos latinoamericanos.

Resulta oportuno citar el documento aprobado en el año 2010 por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (el CLAD), que se titula "Gestión Pública Iberoamericana para el Siglo XXI" donde se expresa que los avances son innegables en el campo del Gobierno Electrónico, sin embargo las limitaciones existentes en los países iberoamericanos reducen su potencialidad en términos de eficiencia, efectividad y democratización. Entre los problemas que se enfrentan actualmente, en el campo del gobierno electrónico de la región, vale mencionar la dificultad para quebrar el modus operandi tradicional que presiona a las organizaciones y a las políticas. Tanto la cultura del formalismo burocrático como el poco conocimiento e, incluso, la resistencia hacia las nuevas tecnologías por parte de los funcionarios públicos constituyen un obstáculo para el desarrollo del gobierno electrónico. En este sentido, es preciso que los países iberoamericanos no se limiten a enfrentar este tema sólo desde el punto de vista tecnológico. Los gobiernos también deben considerar la temática de la cultura organizacional incorporando una nueva matriz de valores, paralelamente a los cambios técnicos, que se apoye en un liderazgo del más alto nivel de decisión[14].

No en vano la mencionada Disposición Nº 65 de la Oficina Nacional de Contrataciones expresa en su artículo 7 que: "Las jurisdicciones y entidades contratantes, deberán arbitrar los medios necesarios para proveerse del software y hardware adecuado a los fines de implementar "COMPR. AR" y para cumplimentar los requisitos de los usuarios en cada uno de los roles de operación del aludido sistema". A lo que cabría agregar la capacitación de los agentes públicos, usuarios que deberán llevar adelante la gestión de la contratación pública electrónica.

V. Conclusión

De todo lo dicho, cabe concluir que el nuevo Régimen nacional de contrataciones públicas electrónicas aprobado mediante Decreto Nº 1.030/16 realza el papel del Estado frente a las nuevas tecnologías, tanto como usuario de ellas, al utilizarlas para mejorar la calidad y eficiencia de la

13 Cfr. Art. 31 "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico"

14 Gestión Pública Iberoamericana para el Siglo XXI, Documento aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD, Santo Domingo, República Dominicana, 8 y 9 de noviembre de 2010, p.12

gestión administrativa, como en su regulación, que pretende compatibilizar su uso en con los derechos individuales y el interés público.

Entiendo que la transparencia y la participación son los ejes fundamentales del nuevo modelo de gestión estatal, centrada en el ciudadano, sólo a través del cual puede garantizarse el derecho a la buena administración.

Tal como expresa Jaime Rodríguez Arana Muñoz, l*a buena administraciónde instituciones públicas* es, un derecho subjetivo de naturaleza fundamental porque pertenece a la propia naturaleza humana. Así, para comprender mejor esta afirmación es menester constatar que el ciudadano es ahora un sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión y, por ello, debe poder tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Porque la persona en cuanto tal requiere de lo público, de que el espacio de lo general esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana y completa[15].

En el mismo sentido, Carlos Balbín manifiesta que resulta evidente que las leyes y prácticas del Derecho Administrativo deben encuadrarse en el Estado Social y Democrático de Derecho. Señala además, que otros temas relevantes que se discuten actualmente en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho y que no debemos olvidar son la democratización de las estructuras de la Administración Pública; el carácter transparente de las decisiones estatales; la participación, el diálogo y el consenso; la incorporación de las nuevas herramientas tecnológicas y el buen gobierno como nuevos paradigmas en el marco de la Teoría General del Derecho Administrativo[16].

Para concluir este análisis, no podemos soslayar lo beneficioso y positivo que resulta para los ciudadanos el proceso de reforma estatal que venimos atravesando, desde la reforma constitucional de 1994. Restará al gobierno implementar las políticas públicas adecuadas para hacer efectivos los postulados de Gobierno Electrónico plasmados en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, que consisten en un conjunto de conceptos, valores y orientaciones de utilidad para su diseño, implantación, desarrollo y consolidación como herramienta coadyuvante de la mejora de la gestión pública iberoamericana para reducir la brecha digital y convertir la Sociedad de la Información y el Conocimiento en una oportunidad para todos, especialmente mediante la inclusión de aquellos que corren peligro de quedar rezagados. Sólo así se producirán los cambios necesarios en el plano de la realidad social que favorezcan la eficacia y eficiencia de las contrataciones públicas electrónicas.

---

15 RODRIGUEZ - ARANA MUÑOZ, J., "El derecho a la buena administración", Conferencia de Apertura II Congreso REDOEDA, Santa Fe, Argentina, 2012, p. 24.

16 BALBIN, C. F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, 2º Edición actualizada y ampliada, 2015, Tomo I, p. 57.

CONTORNOS DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA[1]

Federico J. Lacava
Juez de la Cámara Contencioso Administrativa Nº 2 de Entre Ríos – República Argentina

1. Introducción

La multiplicación exponencial de los fines estatales generada por el Estado Constitucional de Derecho trajo como corolario inexcusable la consecuente importancia del contrato público, convirtiéndose –frente a buena parte de la función administrativa- en el instrumento al que en modo preponderante se ha echado mano para alcanzarlos[2]. Esa creciente relevancia de la contratación pública exige siempre una mayor transparencia para garantizar un eficiente empleo de los ingentes recursos públicos. Lo apuntado se justifica en el hecho de ponderar que es ese el sector que se encuentra particularmente expuesto al riesgo de corrupción y a comportamientos incorrectos de los funcionarios públicos a los que se haya atribuido el ejercicio de tales funciones[3].

---

1 Para profundizar los alcances de la buena administración, véase RODRIGUEZ-ARANA, J. "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", en Misión Jurídica,Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 6, 2013, Bogotá, pp 23-56; "El derecho a la buena administración", en Globalización, equidad, inclusión social, medio ambiente y derecho administrativo, Trabajos II Congreso REDOEDA, Santa Fe, 2012, pp. 21-39; SPASIANO, M., *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla lógica del risultato in senso giuridico*, 2011, www.ius-publicum.com; CAPUTI JAMBRENGHI, V., *Buon andamento dei pubblici uffici e garanzie constituzionali degli interessi coinvolti*, IX Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale, Roma, 2014; PINELLI, C., *Il buon andamento dei pubblici uffici e la supposta tensione con l'imparzialità. Un indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale,* en *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2010, I, p. 719; CERRI, A., *Imparzialità e buon andamento della p.A.,* en *Diritto on line,* 2013; FERRARA, R., *L'interese pubblico al buon andamento delle pubbliche Amministrazioni,* en *Studi in onore di Alberto Romano,* Nápoli, 2010, p. 387.

2 Se ha dicho con agudeza que "… esta dimensión de la actividad pública [la contratación pública] se encuentra en el centro de la discusión sobre el alcance y el significado del quehacer de la administración pública en el Estado social y democrático de Derecho", RODRIGUEZ-ARANA, J., "Los principios del Derecho global de la contratación pública", Derecho PUCP, Nº 66, 2011, p. 42.

3 RACCA, G., *La aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni,* en *Studi in Onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, V.III, p. 2259. En idéntico sentido, con cita de la Resolución del Parlamento Europeo, del 06/5/2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el Fraude (DOUE C 81E, de 15/3/2011), véase GIMENO FELIÙ, José M., "Las nuevas directivas de contratación pública: principales novedades y efectos prácticos", European Institute of Public Administration, Bilbao 2015, P:1565001/Programa.v06.

Si bien el interés público condiciona en modo íntegro la actividad contractual de la Administración Pública[4], asumiendo relevancia en todas sus fases, entiendo que el principio[5] hermenéutico de buena administración[6] incide con diversa intensidad en ellas.

La doctrina autoral –y en menor medida la jurisprudencia– unió esfuerzos en diagnosticar que la problemática encontraba solución atacando los déficits advertidos en la etapa de selección del contratista. Es decir, buena administración en términos de contratos públicos, implicaba lisa y llanamente hacer los deberes introduciendo mecanismos e instrumentos que permitan, por un lado, transparentar el proceso de selección del contratista, y por el otro, obtener de ella el mejor contrato posible en beneficio del interés público[7].

La lectura de buena parte de los cuerpos normativos que reglan la contratación estatal permite con rigor aseverar que los dispositivos hacen básicamente hincapié en plasmar instrumentos enderezados a obtener los mentados fines en esa etapa o fase contractual.

Pero la atención normativa se desinfla progresivamente a poco que se supera el umbral de la adjudicación, reflejando con ello que la intensidad del interés público comprometido parecería dar paso a un interés de menor envergadura, concentrado exclusivamente en la relación Estado-contratista, y en donde el interés del particular tercia y mucho en esa fase de ejecución, pese a que, como con acierto se ha sostenido, la satisfacción del interés público exige necesariamente la ponderación y la disciplina de los intereses privados presentes en la concreta circunstancia objeto de intervención por parte de la Administración[8].

De cara a la realidad desplegada, la buena administración en materia de contratos públicos exige recurrir a modelos organizativos innovadores para evitar ulteriores ineficiencias en el entero ciclo contractual, interviniendo de manera concreta y minuciosa también en la *fase de ejecución* –y esta es la primer idea rectora de esta comunicación–, pues solo así se estará en condiciones de asegurar un empleo eficiente y racional de los recursos públicos para el cuidado de los intereses de la comunidad administrada.

---

4 PENNASILICO, M., *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato,* en *I contrati,* 2/2014, p. 188.

5 "En materia de contratación pública, los principios son tan relevantes que ellos mismos sostienen todo el entramado normativo de la contratación y ellos mismos aseguran que la regla esté presidida por los postulados del Estado de Derecho", RODRIGUEZ-ARANA, J., "Los principios del Derecho global …", cit., p. 40.

6 Sostiene la doctrina que el término buena administración ha salpicado la vida de las instituciones públicas de manera creciente en un intento de mejorar el contenido de la propia actividad de conducción o manejo, pues se hace evidente que la ineficiencia, ineficacia y, sobre todo, el sistemático olvido del servicio objetivo al interés general en que debe consistir la esencia de la administración pública, aconsejan nuevos cambios en la forma de comprender el sentido que tiene el gobierno y la administración del interés general. En esa dirección, se conceptualiza a la buena administración pública como un derecho fundamental de los ciudadanos y también como un principio de actuación administrativa, toda vez que, por un lado, los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración, y por el otro, la obligación de esta última en toda democracia de distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general, RODRIGUEZ-ARANA, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", Misión Jurídica, Nº 6, 2013, Bogotá, p. 24.

7 "… este derecho fundamental a la buena administración exige de las autoridades públicas que se conduzcan de acuerdo con equidad, imparcialidad y en tiempos razonables. Es decir, los principios de transparencia, imparcialidad, motivación, racionalidad e igualdad de trato están integrados en la obligación de una buena administración", RODRIGUEZ-ARANA, J., "Los principios del Derecho global …", cit., p. 43.

8 MAZZUCA, M. *Incidenza degli interessi pubblici e privati nel contratto di appalto: il recesso,* Napoli, 2010, 33.

Finalmente, y como corolario de lo anterior, en este particular ámbito de incumbencia –y esta es la segunda idea que campea en la presente– el derecho a la buena administración no se agota en exigencias de conducta dirigidas solo al organismo público interviniente pues va de suyo que facilitar servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes no depende con exclusividad del comportamiento estatal[9]. Y si bien es verdad que la gestión diligente de los procedimientos por parte de la Administración reviste cierta dosis de suficiencia en orden a la atención del derecho fundamental en ciernes[10], demás está decir que la capacidad y honestidad profesional del contratista constituye una arista distintiva del derecho a la buena administración en materia contractual.

2. Desarrollo de la problemática

Como punto de partida de la presente comunicación debo poner prioritariamente de resalto que, a pesar de su importancia para la consecución de gran parte de los cometidos estatales, en líneas generales los ordenamientos jurídicos refieren a la contratación pública como un episodio individual, no aludiendo a ella como un sistema al que cabe abordar mediante innovaciones organizativas y profesionales.

Por su parte, la normativa parece conducir a que la buena administración, en cualquiera de sus acepciones, resulta predicable con exclusiva o, cuanto menos, preponderante incidencia en la fase de selección del contrayente, con peculiar desinterés en la etapa de ejecución[11], debiendo recordar que, estando la calidad de la contratación pública impuesta en beneficio de la ciudadanía, garantizar la eficiencia, corrección e integridad de ella no sólo constituye un imperativo en fase de selección sino, fundamentalmente, en aquella correspondiente a la ejecución de las prestaciones contractuales.

En esta línea directriz, aun cuando circunscripto a la transparencia, se ha expresado la OCDE, argumentando que ese principio debe garantizarse en las diferentes fases de la contratación, desde la definición de la necesidad de contratar hasta que la ejecución del contrato se complete[12].

No puedo desconocer la incidencia que los principios que edifican la buena administración ostentan en los albores de la contratación estatal, ni tampoco la implicancia de su respeto para el éxito contractual.

---

9 Si el contratista es considerado un colaborador de la Administración para llevar a buen fin la obra pública o el servicio público objeto de contratación, entonces actúa en coordinación con ella y en plena sintonía con el interés público. Actuando conjuntamente, Administración y contratistas, en orden a la realización de la obra pública o la prestación del servicio, no es dable dejar al exclusivo arbitrio de uno u otro el cumplimiento del contrato.

10 Un completo elenco de principios generales y un detallado repertorio de derechos ciudadanos que componen el derecho fundamental, se encuentra en RODRIGUEZ-ARANA, J., "La buena administración como principio …", cit., pp 49/55.

11 Esto mismo parece predicar distinguida doctrina del comportamiento jurisprudencial*: "Se l'analisi teorica ha in tal modo segnalato l'importanza della disciplina sulla concorrenza anche nella fase d'esecuzione del rapporto, che è cronológicamente successiva alla scelta dei gestori, al contrario la giurisprudenza ha preferito segnarne l'irrilevanza, confermando una perfetta continuità con l'originaria interpretazione delle norme sulle gare come poste nell'esclusivo interesse dell'amministrazione pubblica"*, CAVALLO PERIN, R.- RACCA, G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, en Dir.amm., 2010, fasc.2, p, 325.

12 OCDE, *Recommendation of the Council on Public Procurement,* C (2015) 2, *February 18, "i) Promote fair and equitable treatment for potential suppliers by providing an adequate and timely degree of transparency in each phase of the public procurement cycle …".*

La transparencia y la publicidad son principios esenciales de los contratos públicos dado que constituyen el presupuesto de la imparcialidad y de la no discriminación entre los operadores económicos, favoreciendo, a través de la puesta a disposición de la información, la más amplia participación en los procedimientos de selección del contratista y, por tanto, el desarrollo de la concurrencia que emerge como recaudo esencial para la calidad de las prestaciones objeto del contrato[13].

Son los mismos principios los que facilitan corroborar el seguimiento formal y sustancial de los procedimientos de selección del contratista, en relación a la definición de específicas técnicas y requisitos de participación no discriminatorios, a la individualización del contratista que es necesario que ocurra con selección objetiva basadas sobre criterios de adjudicación predeterminados y no discriminatorios.

Sin embargo, parece razonable colegir que los precitados mandatos hacen también necesario prever el monitoreo de la correcta ejecución del contrato y la respuesta a eventuales incumplimientos[14], asegurando controles difusos por parte de los operadores económicos que participan en el procedimiento y, más en general, por todos los ciudadanos y la sociedad en su conjunto[15].

En ese contexto la transparencia, la publicidad y, en general, la buena administración[16], además de resultar el presupuesto de apertura a la más amplia concurrencia contractual, se erige como fundamento del control democrático sobre la imparcialidad y buen andamiento del ejercicio de la función contractual del Estado, tutelando no sólo a los operadores económicos interesados en participar sino también a la colectividad administrativa destinataria de los cometidos estatales, traduciéndose en un monitoreo del correcto empleo de los recursos públicos y de la calidad de las prestaciones.

Demás está recordar que el respeto al resultado de la selección del contratista solo se asegura si la ejecución evidencia conformidad con lo estipulado en la adjudicación, y que las eventuales modificaciones sustanciales generadas en sede de ejecución podrían determinar ventajas discriminatorias a favor del adjudicatario, susceptibles de restar ocultas por falta de transparencia[17].

---

13 Pondera la doctrina, en relación al derecho al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas, que "… entre las características de este nuevo derecho fundamental habrá que tener presente el fomento de la publicidad y la concurrencia en la contratación administrativa, valores constitucionales desde los que hay que entender el sentido y la funcionalidad de los poderes…", RODRIGUEZ-ARANA, J., "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas", en AFDUDC, 12, 2008, p. 799.

14 El Informe Anticorrupción (http://ec.europa.eu/anti-corruption-report presentado por la Comisión Europea el 03/2/2014 exterioriza como patologías propias de la fase de ejecución contractual a la modificación injustificada del contrato, tanto en sus aspectos normativos –pliegos- cuanto presupuestarios, y en el deficiente ejercicio de la potestad de supervisión y control. Para un desarrollo de las falencias en el mentado informe, véaseGIMENO FELIÙ, José M., "Las nuevas directivas de contratación pública: principales novedades y efectos prácticos", European Institute of Public Administration, Bilbao 2015, P:1565001/Programa.v06.

15 ARENA, G., *Trasparenza amministrativa,* en S.CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico,* Milano, 2006, p. 5948,

16 Se ha sostenido con rigor que "… los principios de transparencia, imparcialidad, motivación, racionalidad e igualdad de trato están integrados también en la obligación de una buena administración", RODRIGUEZ-ARANA, J., "Los principios del Derecho global …", cit., p. 43.

17 CAVALLO PERIN, A, – RACCA, G., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, en *Dir.amm.,* 2010, 329.

No cabe duda entonces que este último comportamiento decanta sin esfuerzos en una violación de la disputa competitiva realizada en la fase de selección del contratista. Por tanto, se erige como una significativa innovación en materia contractual extender la obligación de transparencia también a la fase de ejecución.

En definitiva, la ampliación de los ámbitos de exigencia de los mentados principios contenidos en el concepto de buena administración así como la de los instrumentos que la actúan constituyen dos significativos avances en materia de contratación pública, erigiéndose en eficaces mecanismos para la prevención de la ilegalidad y de la corrupción en el sector.

Sin embargo, la problemática no se halla reducida a exteriorizar pautas de conducta a la Administración Pública, pues a poco que se ahonde en la temática, se advierte que buena administración, en materia contractual, exige ponderar comportamientos de individuos ajenos a ella, toda vez que si por contrato se entiende un acuerdo de voluntades, va de suyo que el efectivo respeto de sus postulados depende de todos aquellos que están llamados a darle cumplimiento.

Aceptar prestaciones contractuales de menor valor y calidad en la etapa de realización se ha convertido en uno de los más evidentes riesgos en la ejecución de los contratos públicos, circunstancia que es posible combatir mediante la transparencia en los pagos, la rotación de los responsables como por la aplicación de toda otra medida que no implique dejar librado al binomio adjudicatario/responsable estatal del pago la verificación y control de la conformidad de la prestación con lo ofrecido en la licitación.

No cabe ninguna duda que toda modificación sustancial, además de resultar ilegítima, puede constituir la adjudicación de un nuevo y diverso contrato, sin publicación del llamado a contratar y, por ende, sin la necesaria transparencia, habida cuenta que la introducción de características sustancialmente diversas respecto de aquellas existentes en la licitación inicial demostrarían la voluntad de las partes de renegociar los términos esenciales de las prestaciones concursadas.

Es cierto que existen supuestos en los que la modificación del contrato en sede de ejecución no constituye una alteración sustancial al mismo y por ende no acarrea violación del principio de concurrencia. Pero también lo es que en no pocas oportunidades no es posible determinar a ciencia cierta si existió una modificación, sobre todo cuando la prestación, inveterada desde el punto de vista cuantitativo, se modifica en términos cualitativos, al recibirse una prestación de menor valor, producto de la incapacidad del funcionario en advertirla, por ausencia de controles inadecuados o también por corrupción.

En consecuencia, la buena administración en materia contractual torna necesario definir el uso de instrumentos dirigidos a prevenir y combatir de manera eficaz eventuales incumplimientos del adjudicatario en sede de ejecución, pues no se puede desconocer que concluida la licitación y estipulado el contrato, concluye normalmente el interés de los otros participantes, y con ello, el control externo al vínculo contratista-Administración.

Es precisamente en esta fase de ejecución donde deberían activarse formas organizativas de prevención y combate de comportamientos incorrectos para asegurar la calidad de las prestaciones,

permitiendo toda forma de monitoreo y control aún externo por parte de los operadores del sector y de la sociedad civil toda[18].

Es importante recordar que, a diferencia del derecho italiano, la connotación "pública" del contrato no se agota con la selección del contratista, por lo que la transparencia y control deben ser extendidas también a la fase de ejecución.

La tolerancia por parte de la Administración Pública de graves incumplimientos sin la aplicación de las penalidades previstas o sin resolver el contrato determina, en la fase de ejecución del contrato, una violación del principio de competencia en relación a los otros oferentes, pues éstos habrían podido garantizar una mejor y efectiva ejecución de la prestación original.

Las más de las veces, la indiferencia o inercia estatal frente al incumplimiento resulta consecuencia de la ineficacia de los instrumentos definidos en el contrato, que no consienten de limitar el tentativo del adjudicatario de maximizar su beneficio.

El *malicious agreement*[19] entre el que adjudica el contrato y quien la vence con una "oferta agresiva", propuesta que tiene cuenta del hecho que no será requerida una correcta y completa ejecución, es un problema que corresponde abordar a los ordenamientos en clave de buena administración.

Por su parte, el insuficiente monitoreo de todas las fases del procedimiento de contratación se ha convertido en un límite a la participación, disminuyendo la confianza de los operadores privados y de la ciudadanía en los contratos públicos, circunstancia que exige redoblar esfuerzos en repensar clausulas contractuales útiles para contrarrestar la ineficiencia, los incumplimientos y la ilegalidad[20].

Sin que el presente elenco tenga la pretensión de agotar el producto de ese repensar en orden a identificar instrumentos que garanticen la correcta ejecución del contrato público, no cabe duda que la publicación en forma clara, actual y suficiente de la información relativa a la ejecución del contrato se constituye en un mecanismo que permite el control externo de la Administración.

---

18 "En este sentido, bien se ha precisado que la participación ciudadana en materia de contrataciones puede darse tanto por particulares cuanto por "Organizaciones de la Sociedad Civil" –OSC–, con la finalidad de informarse, tomar conocimiento, o bien objetar, criticar, proponer, ya sea en la fase de elaboración de los Pliegos –conjunta con la Administración o aportando sugerencias y observaciones, o la impugnación del Pliego si fuera luego el caso–, en la ejecución del contrato –audiencias públicas, impugnaciones judiciales– y hasta luego de concluido éste", MURATORIO, J, "Control de la administración pública por la sociedad civil", en AAVV, Cuestiones de control de la administración pública*,* Rap, Buenos Aires, 2010, p. 105, con cita de IVANEGA, M., "La participación y el control ciudadano en los procesos de formación y ejecución contractual", en AAVV, Cuestiones de contratos administrativos, Rap, Buenos Aires, 2007, p. 919 y ss.

19 Se ha sostenido por la doctrina que la praxis del *malicious agreement* puede ser definida como un *perfect crime* ante la ausencia de controles externos sucesivos a la estipulación, véase ALBANO, G. – CAVALLO PERIN, R. – RACCA, G.,*Competition in the execution phase of public procurement,* en *Public Contract Law Journal,* 2011.

20 "La lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración, aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidades de suspender procedimientos), Agencias de Lucha antifraude, creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos y, sobre todo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido", GIMENO FELIÙ, José M., "Las nuevas directivas …", cit., pp. 50/51.

La publicación en el sitio web de la administración contratante de toda información relativa al adjudicatario, al importe de adjudicación, a los tiempos en que se debe cumplir la prestación, obra, servicio o suministro, al estado de la ejecución y los importes de las sumas liquidadas, se vuelve un instrumento capaz de incrementar la transparencia y, con ella, las posibilidades de control sobre la ejecución del contrato.

Pero también es posible traer a colación que la definición de protocolos de legalidad[21], pactos de integridad[22] o códigos de conducta, la introducción en los pliegos de cláusulas penales y el uso de instrumentos informáticos para garantizar la transparencia y formas de monitoreo externo pueden de igual modo coadyuvar a la correcta ejecución de las prestaciones contractuales.

3. A modo de conclusión

Resultando corolario del derecho fundamental a la buena administración el deber de todo organismo público de concertar y dar a conocer a la ciudadanía, en forma sistemática y permanente sus contratos así como también la prerrogativa de todo ciudadano a gozar, en virtud de la mentada contratación, de obras y servicios públicos y de interés general de calidad, emerge incontrastable que el derecho así concebido exige abarcar toda la fase de la contratación pública, incluyendo necesariamente a la etapa de ejecución contractual.

Y como consecuencia de la ampliación, el imperativo de arbitrar medidas orientadas a enderezar tanto las conductas de los organismos estatales intervinientes como también las del resto de los sujetos participantes.

Solo en un contexto de esas dimensiones encuentra pleno sentido en materia contractual el derecho fundamental a una buena Administración, en tanto facilitador de servicios, suministros y obras públicas con positiva repercusión en las condiciones de vida de los ciudadanos[23].

---

21 Los protocolos de legalidad constituyen clausulas introducidas en los pliegos de la licitación que imponen, a quienes requieran devenir contratistas de las administraciones públicas, vínculos precontractuales de rectitud y honestidad en las tratativas y que pueden extenderse también a la fase de ejecución del contrato para todos los sujetos que resulten involucrados, integrando la buena fe precontractual específicamente requerida a los participantes, precisando los comportamientos debidos con las consecuentes sanciones. No obstante, tales protocolos también explicitan obligaciones constitucionales de disciplina y honor al funcionario público interviniente en los procedimientos.

22 Los pactos de integridad son instrumentos requeridos desde hace tiempo en los documentos de *Transparency International*, para combatir la colusión y corrupción en los contratos públicos. La parte pública se empeña en la transparencia y rectitud en la lucha a la corrupción, y el privado en el respeto de las obligaciones de comportamiento lícito e íntegro, orientado a la lealtad y honestidad, sea en el confronte con la parte pública, sea en relación a los otros operadores privados involucrados en la selección. Se trata de la adhesión voluntaria a un procedimiento selectivo de las cláusulas definidas en los protocolos de legalidad que permite reforzar el vínculo de colaboración para la legalidad entre la administración y los participantes. Esas cláusulas comportan para la empresa que decida participar en la licitación la aceptación de sanciones de carácter patrimonial para el supuesto de violación de tales deberes, pudiendo operar hasta la completa ejecución del contrato. Lo interesante es que todo operador económico permanece obligado a respetar tales condiciones hasta el término de la ejecución, aún cuando no haya sido seleccionado como contratista. Por ende, vuelve a todos los participantes en directos interesados en la correcta selección y ejecución.

23 Cfr, RODRIGUEZ-ARANA, J., “Los principios del Derecho global …”, cit. p. 54.

LAS LIMITACIONES EDIFICATORIAS DESPUÉS DE LA TRASPOSICIÓN DE LA REGULACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INUNDACIONES AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Fernando Costoyas Fandiño
Abogado especialista en derecho urbanístico. ICACOR

Jennifer Sánchez González
Profesora interina. Universidade da Coruña

I. Introducción. II. La Ley 29/1985, de 2 de agosto de Aguas. III. El Libro Blanco del Agua. IV. Marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. V. El Reglamento de la Planificación Hidrológica. VI. La evaluación y gestión de los riesgos de inundación. VI.1 El marco estrictamente comunitario. VI.2 El ordenamiento español. VI.2 A. El Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril VI.2 B El Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación. VII. La revisión de los Planes hidrológicos de demarcaciones hidrográficas y la incidencia del riesgo de inundaciones VIII. La última adaptación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico a la gestión de riesgos de inundación. Las limitaciones edificatorias. IX. Breve referencia al tratamiento de los riesgos de inundación en la regulación estatal y autonómica del suelo.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que las inundaciones, en cuanto fenómeno natural inevitable, han supuesto, suponen y supondrán un importante riesgo tanto para las personas como para los bienes; arrojando un haz de consecuencias negativas no solo para la salud y la vida humana, sino también para el medio ambiente, el patrimonio cultural y arquitectónico o la actividad económica.

La conjunción de distintos factores como el cambio climático, la concentración poblacional y la propia actividad humana han contribuido notablemente en los últimos tiempos tanto al incremento de las probabilidades de suceso, como al acrecentamiento de su impacto negativo.

Esta situación exigía una respuesta inmediata de forma tal que se urdieran una serie de medidas que consiguieran prevenir y paliar de forma efectiva un riesgo de consecuencias tan imprevisibles como negativas para el ser humano.

Ese largo viaje comienza en España en el año 1.985 con la entrada en vigor de la ley de aguas de 1.985 y continúa hasta nuestros días destacando dos momentos fundamentales que nos obligan a poner la vista en lo que, al inicio de aquel camino, no era más que un sueño: Europa.

Y es que, las Directivas adoptadas por el Parlamento y Consejo Europeo en el año 2.000 –2000/60/CE– y 2.007 –2007/60/CE– supusieron un antes y un después en la consideración y tratamiento de los riesgos de inundación; extremo que no se puede obviar pero sin perder de vista, evitando incurrir en esa mala costumbre de infravalorar lo propio y sobrevalorar lo ajeno, que mientras aquel sueño iba tornando en realidad, en España se manejaba un documento en el que se trataban avenidas e inundaciones, criterios de actuación y niveles de protección ante inundaciones o medidas frente a las mismas: el Libro Blanco del Agua.

Sin duda los trabajos realizados han fructificado, desembocando en una regulación exhaustiva de la evaluación y gestión del riesgo de inundación. Sin embargo, el éxito no sólo radica en la obtención de los frutos sino en el cómo se han obtenido. En este sentido la política del agua y la política del medioambiente modernas han conseguido; Sin ignorar la fuerza coactiva que toda regulación lleva implícita en cuanto al establecimiento de prohibiciones y obligaciones concretas y a la que no resulta ajena la regulación de la evaluación y gestión del riesgo de inundación; hacer prevalecer la concienciación frente a la imposición, la prevención frente a la paliación; inculcando en el propietario de suelo la percepción –y consecuente asimilación– de una realidad cuyo reconocimiento significaba acatar la limitación que fuere necesaria imponer sobre el derecho de propiedad concreto con el fin de proteger un bien superior.

Si históricamente resultó complejo el abandono por parte de los propietarios de suelo de aquel concepto romano de la propiedad ilimitada e incondicionada tan bien representada por el concepto latino de que el propietario lo es, hacia arriba hasta el cielo, y hacia abajo hasta el infinito; así como la asimilación de la función social del derecho de propiedad y del carácter estatutario del mismo; no menos complejo resultaba la introducción de un nuevo giro de tuerca que supusiera la mayor limitación del mismo; dificultad que se ha conseguido superar con cierto éxito.

Con todo ello el presente trabajo pretende realizar un breve repaso del tratamiento normativo desde el año 1.985 ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico la evaluación y la gestión del riesgo de inundación.

II. LA LEY 29/1985, DE 2 DE AGOSTO DE AGUAS

La entrada en vigor de la ley de aguas de 1.985 representó la adaptación legislativa en materia de aguas a las nuevas circunstancias socioeconómicas, culturales, geográficas y políticas de la época; así como a la nueva distribución territorial y competencial instaurada por la Constitución Española de 1.978.

En este sentido, y habida cuenta de las nuevas circunstancias, la anterior Ley de Aguas de 13 de junio de 1.897, con casi cien años a sus espaldas, se había revelado insuficiente para abordar la regulación jurídica de nuestras aguas continentales.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la Ley de Aguas de 1.985 introdujo dos importantísimos avances: la planificación hidrológica como base de la regulación realizada por los instrumentos jurídicos; y el establecimiento de una única calificación jurídica para el recurso: la de bien de dominio público estatal.

En una escala menor dentro del contexto general pero de gran importancia para el tema que nos ocupa, introduce por primera vez en nuestra legislación[1] el concepto de zona inundable desde el punto de vista de la inundación como elemento generador de riesgo para personas y los bienes; instrumentalizando la limitación de los usos autorizables en dichos terrenos para la protección tanto de unas como de otros.

En este sentido el artículo 11, después de determinar la conservación de la calificación jurídica y de la titularidad dominical de los terrenos afectados por las inundaciones provenientes de crecidas no ordinarias de lagos, lagunas, embalses, ríos y arroyos; habilitaba la limitación normativa "en el uso de las zonas inundables que estime necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes".

La redacción de dicho artículo fue evolucionada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; en virtud de la cual se introdujo un nuevo apartado –de gran calado urbanístico– en el mismo al establecer que los Organismos de cuenca darían traslado a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de los datos y estudios disponibles sobre avenidas, al objeto de que se tengan en cuenta en la planificación del suelo y, en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables.

Así configurado, el artículo 11 de la ley de aguas de 1.985 mantendrá su contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, con idéntica numeración y bajo el epígrafe "zonas inundables".

Consecuentemente ha de considerarse a la Ley de aguas del 1985 como la instauradora en el ordenamiento jurídico español de la limitación sectorial a los usos del suelo establecidos por la ordenación territorial y urbanística.

III. EL LIBRO BLANCO DEL AGUA

El reconocimiento de los múltiples y diferentes problemas que presentaban los recursos hídricos en todo el ámbito del Estado generó la elaboración por la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del denominado Libro blanco del agua en España y la presentación oficial de documento definitivo en el año 1998[2].

Los principales objetivos del Libro se pueden sintetizar en las siguientes líneas:

- La recopilación y unificación de los datos básicos del agua en España con un tratamiento sistemático y uniforme, organizándolos y actualizándolos, creando archivos comunes consistentes y permitiendo su integración en bancos de datos homogéneos

1 Ley de Aguas de 13 de junio de 1.897 hacía referencia a las inundaciones desde una perspectiva material, toda vez que su artículo 40 continuaba refiriendo la propiedad de los terrenos inundados a sus dueños

2 El libro fue elaborado, bajo la dirección de la Secretaría de Estado de Aguas y Costas del Ministerio de Medio Ambiente, por la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, con la colaboración, asistencia y soporte técnico del Centro de Estudios Hidrográficos del CEDEX.

- La incorporación formal y sistemática de la experiencia de la última sequía sufrida por el territorio nacional; experiencia que arroja nuevos resultados y genera nuevas inquietudes e incertidumbres que no pudieron ser evaluados con anterioridad y que permite una adecuada reevaluación de los recursos.
- El tratamiento unitario –superando las polémicas y antiguas discusiones sobre el tratamiento de las aguas subterráneas– del ciclo hidrológico así como de la cantidad y calidad de las aguas y la necesidad de su tratamiento integrado.
- La consideración y enfoque de los problemas del agua desde posiciones múltiples, con ópticas distintas.
- El establecimiento de las bases para, desde la situación del momento, estimar la evolución previsible y el establecimiento de opciones y prioridades en el uso del agua; y ello teniendo en cuenta lo cambios de intereses colectivos, las grandes tendencias socioeconómicas y las irrenunciables exigencias ambientales que por entonces exigían una reorientación de las políticas del agua hacia otras formulaciones de mayor utilidad social y sostenibilidad futura.

Entre los siete capítulos en los que se divide el Libro destaca, en lo que aquí nos interesa, el Capítulo tercero, dedicado al análisis de la situación actual del momento y los problemas tanto existentes como previsibles; Capítulo cuyo apartado decimosegundo se centra en el concreto estudio de la problemática inherente a avenidas e inundaciones.

En el mismo, básicamente, se expone la naturaleza territorial de las avenidas e inundaciones; se fijan unos criterios de actuación básicos; se configuran unos niveles de protección primarios adecuados; y se describen las medidas estructurales y no estructurales frente a los riesgos de inundación.

En cuanto a la naturaleza territorial de las avenidas e inundaciones; partiendo de la configuración estrictamente hidrológica del problema de las crecidas por cuanto representan una drástica desproporción entre los caudales ordinarios y extraordinarios; resulta evidente que las consecuencias en su desarrollo sobre zonas de actividad humana se convierten en un problema territorial de importantes repercusiones socioeconómicas, y ello es así debido a que, los terrenos aluviales contiguos a los ríos son llanos y fértiles por lo que, históricamente, la actividad humana ha tendido a localizarse tradicionalmente en ellos.

Consecuentemente el Libro define los daños materiales ocasionados por las crecidas como un "coste" por la ocupación de unos terrenos cuya extensión superficial es muy reducida, pero cuyo valor territorial es muy importante y en los que la intervención humana ha supuesto la modificación artificial de la respuesta del llano de inundación, modificación que de no darse tal intervención no hubiera existido.

Por lo que respecta a los criterios básicos que rijan las actuaciones de defensa contra inundaciones destacan en el Libro:

- coordinación entre las diferentes administraciones e instituciones implicadas
- descentralización
- separación de daños materiales y humanos, desarrollando programas orientados a objetivos diferenciados

- realismo, admitiendo que la protección completa no existe
- respeto al medio ambiente
- prevención, evitando la ocupación urbana de zonas inundables
- transparencia, explicando con claridad los riesgos asumidos y los objetivos de las medidas adoptadas.

A su vez, propone la organización de las actuaciones de defensa entre los que cabe destacar la implantación de sistemas de previsión y alerta; y actuaciones de carácter estructural, –embalses de laminación, encauzamientos o diques longitudinales– y de carácter no estructurales –ordenación del territorio–.

En relación a los niveles de protección primarios adecuados se conceptúa el nivel de protección a conseguir en cada zona desde el equilibrio entre el coste de las actuaciones y el valor de los bienes protegidos; y la forma de obtener los niveles de protección más adecuados en la combinación de medidas estructurales y no estructurales.

Por último, en lo que a medidas estructurales y no estructurales se refiere; frente a la tradicional opción por las medidas estructurales mediante la ejecución de obras, se incide en la implementación de medidas no estructurales no tanto encaminadas a la prevención como a la mitigación de los efectos de la inundación; medidas no estructurales entre las que empieza a coger peso la ordenación urbanística de las zonas inundables; planteando trasladar de una forma practica el concepto de zona inundable a los instrumentos de planeamiento.

Por tanto, incide el Libro en aquel germen de la Ley de Aguas de 1985 relativo a la necesidad de que los datos y estudios disponibles sobre avenidas fueran tenidos en cuenta en la planificación del suelo y, en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables.

IV. MARCO COMUNITARIO DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA DE AGUAS

Ante la necesidad de desarrollar, a nivel europeo, una política comunitaria integrada de aguas, y con el concreto objeto de establecer un marco comunitario para la protección de las aguas superficiales continentales, de transición, costeras y subterráneas; el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron, el 23 de octubre de 2000, la Directiva 2000/60/CE por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

Si bien es cierto que dicha Directiva, conocida como Directiva Marco del Agua –DMA– tuvo un profundo calado y una gran trascendencia en la política de aguas; estableciendo un marco para la protección y mejora de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas, así como de sus ecosistemas asociados; no lo es menos que no se detiene en la reducción de riesgos o en la mitigación de efectos de las inundaciones, problemas que pasa por alto; siendo quizás su aportación más evidente, en materia de inundaciones, la de configurar como objetivo del marco que pretende establecer para la protección de las aguas el de contribuir a paliar los efectos de las inundaciones[3].

3 Apartado e) del artículo 1 de la DMA

En este sentido, el propio considerando 4 de la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación[4]a la que nos referiremos más adelante, plasmó las escasas referencias de la DMA a las zonas inundables.

En cuanto a la incorporación a nuestro ordenamiento de la DMA, la misma se produce con la modificación operada en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social; y que se centra principalmente en la planificación hidrológica y, en especial, en la introducción de una nueva definición de cuenca hidrográfica y del concepto de demarcación hidrográfica.

V. EL REGLAMENTO DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

Al momento de la adopción de la DMA el marco jurídico de la planificación hidrológica en España respondía al esquema de planificación previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; y se configuraba fundamentalmente –al margen de las referencias contenidas en la entonces vigente Ley de Aguas y de los planes hidrológicos aprobados por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio– con: la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional; el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, aprobado mediante el Real Decreto 927/1988, de 29 de julio; y con la Orden de 24 de septiembre de 1992, por la que se aprueban las instrucciones y recomendaciones técnicas complementarias para la elaboración de los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias.

Como se ha señalado anteriormente, la incorporación a nuestro ordenamiento de la DMA se produce con la modificación operada en el texto refundido de la Ley de Aguas por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social.

Frente a este badulaque normativo, el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica supuso una indudable cohesión normativa de la regulación de la planificación hidrológica.

El Reglamento, aún hoy vigente, configuró como uno de los objetivos de la planificación hidrológica el de paliar los efectos de las inundaciones. Sirviendo a este fin encontramos diversos elementos normativos relacionados con las inundaciones en el mismo.

Así, la propia definición de servicios relacionados con el agua incluye aquellas actividades derivadas de la protección de personas y bienes frente a las inundaciones.

---

4 La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, impone la elaboración de planes de gestión de cuenca fluvial para cada demarcación hidrográfica con objeto de conseguir un buen estado químico y ecológico, y contribuirá a mitigar los efectos de las inundaciones. No obstante, la reducción del riesgo de inundación no es uno de los objetivos principales de esa Directiva, que tampoco tiene en cuenta los futuros cambios del riesgo de inundación que se derivarán del cambio climático.

Por su parte, dentro del contenido obligatorio de los planes hidrológicos de cuenca se incluyen los criterios sobre estudios, actuaciones y obras para prevenir y evitar los daños debidos a inundaciones, avenidas y otros fenómenos hidráulicos.

En lo relativo a las medidas para prevenir o reducir las repercusiones de los episodios de contaminación accidental, se incluye entre las mismas el uso de sistemas automáticos para detectar o alertar de inundaciones

En cuanto a la regulación de las situaciones hidrológicas extremas, se encomienda a las administraciones competentes en la materia la delimitación de las zonas inundables teniendo en cuenta los estudios y datos disponibles que los organismos de cuenca deben trasladar a las mismas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Aguas.

Por último, se impone la toma en consideración, en la elaboración de los planes hidrológicos, de los planes elaborados en el ámbito territorial de la demarcación y relacionados con la protección frente a las inundaciones, de los que deberán incorporar un resumen, incluyendo la evaluación de riesgos y las medidas adoptadas.

VI. LA EVALUACIÓN Y GESTIÓN DE LOS RIESGOS DE INUNDACIÓN

El punto de inflexión en la regulación de la evaluación y gestión de los riesgos de inundación vino sin duda marcado por la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación; y ello debido a que vino a significar el establecimiento de un verdadero, eficaz y eficiente marco –tanto normativo como conceptual y espiritual– para la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, cuyo fin se encamina directamente a la reducción a través de medidas paliativas y preventivas de las consecuencias negativas para la salud humana, el medio ambiente, el patrimonio cultural y la actividad económica, asociadas a las inundaciones en la Comunidad, tal y como reza su propio artículo primero.

Pero su verdadero éxito radica en que no supuso el establecimiento de un marco a nivel europeo idílico y poético sino que consiguió conformar un marco vivo, dotado de herramientas y soluciones que, una vez traspuesto a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, instauraría en los mismos un verdadero y efectivo sistema de evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

1. El marco estrictamente comunitario

La lectura pausada de los Considerandos de la Directiva 2007/60/CE genera una rápida percepción de la entidad de los riesgos de inundación y de la necesidad de la consideración, tanto por los Estados miembros como por la propia Comunidad, del impacto que las políticas sobre usos de las aguas y el suelo suponen en los riesgos de inundación y en su gestión[5].

Así mismo, los propios Considerandos anuncian la configuración de un sistema de herramientas que luego se verá desarrollado en el articulado de la Directiva[6].

---

5 Vid. especialmente los Considerandos 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10 y 11.

6 Vid. Considerandos 12, 13 y 14.

A este respecto se hace necesario esquematizar las herramientas que configura la Directiva con el fin de establecer el marco de evaluación y gestión de los riesgos de inundación:

- La evaluación preliminar del riesgo de inundación:

Se trata de que los Estados miembros realizaran, respecto a cada demarcación hidrográfica o unidad de gestión, o cada parte de una demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio; sobre la base de la información de que dispongan; una evaluación preliminar del riesgo de inundación con objeto de proporcionar una evaluación del riesgo potencial que se prevé.

La propia Directiva determinaba el contenido mínimo de dicha evaluación.

- Los mapas de peligrosidad por inundaciones y de riesgo de inundación:

Los Estados miembros deberían preparar, para cada demarcación hidrográfica y cada unidad de gestión, mapas de peligrosidad por inundaciones y mapas de riesgo de inundación.

Los mapas de peligrosidad por inundaciones deberían incluir las zonas geográficas que podrían inundarse según los escenarios de baja probabilidad de inundación o escenario de eventos extremos; de probabilidad media de inundación; o de alta probabilidad de inundación, indicando, respecto a cada uno de los escenarios anteriormente enumerados, los elementos que especifica la Directiva.

Los mapas de riesgo de inundación deberían mostrar las consecuencias adversas potenciales asociadas a la inundación en los mismo escenarios previstos para los mapas de peligrosidad por inundaciones, expresadas mediante los parámetros que fija la propia Directiva.

- Los planes de gestión del riesgo de inundación:

Sobre la base de los mapas de peligrosidad por inundaciones y de riesgo de inundación la Directiva preveía el establecimiento, por los Estados miembros, de planes de gestión del riesgo de inundación coordinados por demarcación hidrográfica o unidad de gestión para las zonas para las cuales hubieran llegado a la conclusión de que existe un riesgo potencial de inundación significativo o en las cuales la materialización de tal riesgo pudiera considerarse probable; o para las zonas costeras que hubieran decidido, antes del 22 de diciembre de 2010 elaborar mapas de peligrosidad por inundaciones y mapas de riesgo de inundación, y establecer planes de gestión del riesgo de inundación de acuerdo con las disposiciones de la Directiva.

Las herramientas así configuradas por la Directiva deberían incorporarse al ordenamiento español con anterioridad al 22 de diciembre de 2.011 en cuanto a la evaluación preliminar del riesgo de inundación, al 22 de diciembre de 2.013 respecto de los mapas de peligrosidad y riesgo, y al 22 de diciembre de 2.015 por lo que a los planes de gestión de riesgo se refiere.

En definitiva, la Directiva 2007/60/CE vino a generar nuevos instrumentos a nivel comunitario para reducir las posibles consecuencias de las inundaciones mediante la gestión del riesgo, apoyada en cartografía de peligrosidad y de riesgo.

2. El ordenamiento español

A. El Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

Al margen de la obligatoria trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2007/60/CE en los plazos estipulados, la misma consiguió imbuir en nuestro ordenamiento su espíritu concienciador. Así, la propia exposición de motivos del Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril establece:

"La gestión del riesgo, uno de los aspectos fundamentales que debe abordar un país moderno, es el hilo común de esta modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1086, de 11 de abril, que persigue como objetivo la protección de las personas y los bienes, y del medio ambiente, a través de la modificación de la normativa sobre inundaciones y de la introducción de un nuevo título relativo a la seguridad de presas, embalses y balsas. En el caso concreto de las inundaciones, España ha sufrido sus consecuencias tanto en repercusiones económicas como en pérdida de vidas humanas. El enfoque tradicional para abordar este riesgo, consistente en plantear soluciones estructurales (construcción de presas, encauzamientos, motas de defensa, y otros), se ha revelado insuficiente, por lo que resulta necesario profundizar en las medidas de gestión del riesgo como instrumento fundamental para mejorar la protección de la población".

En este sentido el Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico no es una transposición de la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, si bien es el primer instrumento normativo en el que formalmente se incorporan los criterios que dicha Directiva establece en lo que se refiere a las zonas inundables.

Resulta indudable que ya por aquel entonces la presión urbanística sobre los cauces reducía de una forma importante el espacio fluvial, incrementando los riesgos frente a inundaciones y menoscabando la protección medioambiental del dominio público hidráulico que ya se había venido a reconocer a nivel europeo con las Directivas 2000/60/CE y 2007/60/CE.

Así, la modificación operada en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico a través del Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, respondía a la necesidad de iniciar la incorporación expresa al mismo del reconocimiento operado en aquellas Directivas de que el dominio público hidráulico cumple funciones ambientales, de protección de los ecosistemas fluviales, de prevención de inundaciones y de prestación de otros servicios ambientales; obedeciendo a la necesidad de que el Reglamento del Dominio Público Hidráulico se ajuste a aquellas funciones.

Esta primera modificación del Reglamento venía a perseguir la rauda puesta a disposición de la Administración hidráulica de una herramienta de gestión que le permitiera actuar eficazmente contra los efectos nocivos de la presión sobre los cauces; que pusiera a disposición de los ciudadanos la delimitación cartográfica del dominio público hidráulico, la zona de flujo preferente y las zonas inundables; y que tuviera un efecto preventivo para luchar contra las actuaciones que producen daños medioambientales en el sistema fluvial.

Así mismo la modificación del Reglamento introdujo los criterios establecidos en estas directivas europeas para la concepción de distintos elementos tales como la definición de cauce, la regulación de las zonas que lo protegen, la zona de servidumbre y la zona de policía, y la regulación

de las zonas inundables introduciendo; así como criterios generales que garantizaban no solo su protección ambiental sino también la protección de las personas y bienes.

En aplicación de todo ello, la modificación operada, y en lo que a riesgos de inundación en concreto se refiere, incorporó la idea de que la protección del dominio público hidráulico, a través de las zonas de servidumbre y de policía, debe proteger el régimen de las corrientes en avenidas. En consecuencia, la zona de servidumbre adquirió nuevas funciones y la zona de policía adquirió su auténtica relevancia en la protección del régimen de corrientes, fijándose en aquel momento criterios técnicos para que esa protección del régimen de corrientes fuere eficaz, poniendo un énfasis especial en la posibilidad de ampliar los 100 metros de anchura de dicha zona, cuando fuere necesario para la seguridad de las personas y bienes, estableciéndose, asimismo, criterios técnicos precisos para evaluar tal posibilidad.

Por su parte se introdujeron las zonas de flujo preferente, conformadas como aquellas zonas en las que se cumplen los requisitos a los que anteriormente se ha hecho mención: proteger el régimen de corrientes en avenidas y reducir el riesgo de producción de daños en personas y bienes; En dichas zonas, bajo la tutela del Organismo de cuenca solo se podría autorizar actividades no vulnerables frente a las avenidas. Ello significó el estricto cumplimiento de las exigencias de la Directiva 2007/60/CE en cuanto a la adopción de criterios adecuados de usos del suelo como resultado de la incorporación de políticas sobre gestión del riesgo de inundaciones que garanticen al máximo la seguridad de los ciudadanos.

Al objeto de identificar las zonas inundables se introdujo la elaboración de un Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables, a desarrollar en colaboración con las comunidades autónomas, que aportare una referencia rigurosa para ser tenida en cuenta por las administraciones cuando ejerciera sus competencias sobre ordenación del territorio y planificación urbanística.

B. El Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación.

Tal y como hemos señalado con anterioridad el Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, no representaba la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2007/60/CE sino que venía a significar la incorporación al mismo, de determinados criterios contenidos en ésta respecto de las zonas inundables.

Fue el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación el instrumento normativo que supuso la formal trasposición al ordenamiento jurídico español de la referida Directiva.

Este Real Decreto continuaba la línea de lucha contra los efectos de las inundaciones distanciándose del enfoque tradicional de las soluciones estructurales, que se han revelado insuficientes, y ahondando en el perfeccionamiento de las actuaciones no estructurales, para prevenir y atenuar las posibles consecuencias de las inundaciones; actuaciones que además resultan ser menos costosas económicamente y a la vez menos agresivas medioambientalmente.

A su vez, se ceñía al mandato de la Directiva de reducir las consecuencias negativas, asociadas a las inundaciones, para la salud humana, el medio ambiente, el patrimonio cultural, la actividad económica e infraestructuras; fijando como sus confesos objetivos los de obtener un adecuado conocimiento y evaluación de los riesgos asociados a las inundaciones y lograr una actuación

coordinada de todas las administraciones públicas y la sociedad para reducir las consecuencias negativas de las inundaciones.

En cuanto a los efectos y consecuentes beneficios pretendidos es sumamente gráfica la propia exposición de motivos del texto legal al sostener que se agilizaría la implantación de los mecanismos de protección de los cauces y de las zonas inundables con la introducción de las nuevas herramientas de gestión lo que redundaría en evitar o disminuir los daños ambientales y sobre los bienes y personas que se protegen; así como que se respondería de modo más eficaz ante las fuertes presiones de ocupación que sufrían las zonas limítrofes con los cauces con las disposiciones introducidas en el instrumento normativo, lo que redundaría en una disminución de los daños derivados de las inundaciones por avenidas.

Todo ello se circunscribe al propio objeto fijado en el artículo 1 del Real Decreto, y que no es otro que la plena introducción y regulación en nuestro ordenamiento jurídico de aquellas figuras que, a modo de herramientas, había configurado la Directiva 2007/60/CE: la evaluación preliminar del riesgo de inundación, los mapas de peligrosidad y riesgo y los planes de gestión de los riesgos de inundación.

Con todo ello el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación, que traspone al ordenamiento jurídico la mencionada Directiva 2007/60/CE, de 23 de octubre de 2007, colaboró en la consolidación de la modificación del Reglamento operada por el Real Decreto 9/2008, estableciendo, entre otros aspectos, la necesidad de incorporar al Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables los mapas de peligrosidad y riesgo de inundación elaborados en el marco de esta directiva, y a la vez, estableciendo la necesidad de representar la delimitación de los cauces públicos y de las zonas de servidumbre y policía y la zona de flujo preferente en su caso, en las áreas de riesgo potencial significativo de inundación identificadas en la evaluación preliminar del riesgo de inundación que establecía la Directiva

Además, el Real Decreto 903/2010 preveía la aprobación de los planes de gestión del riesgo de inundación, instrumento previsto en la mencionada Directiva que debe abarcar todos los aspectos de la gestión del riesgo de inundación, centrándose en la prevención, protección y preparación, incluidos la previsión de inundaciones y los sistemas de alerta temprana, y teniendo en cuenta las características de la cuenca o subcuenca hidrográfica considerada y estar perfectamente coordinados con los Planes hidrológicos de cuenca, compartiendo objetivos y medidas.

Por su parte, en el anexo A del Real Decreto se establecía la necesidad de que los Planes de índole hidrológico contemplaran, en lo posible, medidas de ordenación territorial y urbanismo, incluyendo al menos limitaciones a los usos del suelo planteadas para la zona inundable en sus diferentes escenarios de peligrosidad, los criterios empleados para considerar el territorio no urbanizable, y los criterios constructivos exigidos a las edificaciones situadas en zona inundable.

VII. LA REVISIÓN DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS DE DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS Y LA INCIDENCIA DEL RIESGO DE INUNDACIONES

El 20 de enero de 2.016 entra en vigor Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occi-

dental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

El mismo tiene trascendencia en cuanto supuso una vuelta de tuerca en la planificación hidrológica, al significar la aprobación de los planes hidrológicos del segundo ciclo de planificación de diversas demarcaciones hidrográficas para el periodo comprendido entre 2015 y 2021; conformados por Memoria y anejos y la Normativa con sus respectivos apéndices.

Entre los planes hidrológicos aprobados se encuentra el de la parte española de la demarcación hidrográfica del Miño-Sil, cuyas disposiciones normativas se incorporan como anexo III al Real Decreto.

La Sección IV del Capítulo VII de dicha Normativa regula las medidas para la protección contra las inundaciones destacando entre estas, las limitaciones a los usos en la zona de policía inundable establecidas en el artículo 48 y la imposición a la planificación territorial y urbanística de la observancia de los riesgos de inundación con medidas concretas del artículo 49.

En cuanto a las limitaciones a los usos, el artículo 48 significa el establecimiento de limitaciones a ciertos usos del suelo para las diversas zonas del ámbito inundable.

Así en la zona de flujo preferente sólo podrán ser autorizados por el Organismo de cuenca los usos y actividades permitidos en esta zona que no presenten vulnerabilidad frente a las avenidas; mientras que, en la misma, quedan prohibidos, con carácter general, los usos especificados en el señalado artículo 48.

Así mismo, en zona inundable dentro de la zona de policía, pero fuera de la zona de flujo preferente, quedan supeditados a autorización –resultando prohibidos sin la misma y con carácter general–, los usos relacionados en el referido artículo 48.

Por lo que respecta a la vinculación de la planificación territorial y urbanística al riesgo de inundación ha de estarse al contenido del artículo 49, siendo sus principales determinaciones las siguientes:

> Los planes de las comunidades autónomas e instrumentos de planeamiento urbanístico, así como sus instrumentos de desarrollo o modificativos deberán analizar las condiciones de drenaje superficial del territorio, tanto de las aguas caídas en su ámbito de actuación como las de las cuencas vertientes que le afecten. Para ello, como mínimo reflejarán en su parte informativa el dominio público hidráulico y sus zonas de servidumbre y policía; así como las zonas de riesgo de inundación.
>
> En los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico, no se podrá prever ni autorizar en las zonas de flujo preferente ninguna instalación o construcción, ni obstáculos que alteren el régimen de corrientes. Sólo podrán ser autorizadas aquellas actividades no vulnerables frente a las avenidas y que no supongan una reducción significativa de la capacidad de las vías de intenso desagüe.
>
> Se consideran usos compatibles con estas condiciones los siguientes:
>
> Las limitaciones de los usos y construcciones admisibles por parte del planeamiento urbanístico que establece el apartado 3, no serán de aplicación a aquellas edificaciones, conjuntos

de edificaciones o construcciones que sean objeto de protección por su valor histórico, artístico, arquitectónico o industrial. En cualquier caso, el planeamiento urbanístico general, de acuerdo con lo que determine la Administración hidráulica, tiene que prever las actuaciones necesarias para la adopción de las medidas de protección frente a los riesgos de inundación en los referidos ámbitos, así como la programación y ejecución de las obras correspondientes y en particular para estas construcciones

En las zonas inundables, el régimen de usos establecido deja de ser de aplicación cuando el planeamiento urbanístico, con el informe favorable de la Administración hidráulica, prevea la ejecución de las obras necesarias a fin de que las cotas definitivas resultantes de la urbanización cumplan con las condiciones de grado de riesgo de inundación adecuadas para la implantación de la ordenación y usos establecidos en el indicado planeamiento. En cualquier caso, dichas obras deberán ser autorizadas expresamente por la Confederación Hidrográfica del Miño Sil, y hasta el momento en que estas no estén terminadas no se podrán llevar a cabo obras de urbanización que resulten vulnerables frente a las avenidas o que supongan una reducción significativa de la capacidad de las vías de intenso desagüe.

Aquellos planes e instrumentos de planeamiento, así como las clasificaciones y usos previstos en los mismos que contemplen la posibilidad de urbanizar y estén afectados por la zona inundable, y no cuenten con un plan de encauzamiento aprobado definitivamente, deberán ser objeto de un estudio de inundabilidad específico con carácter previo a su aprobación o programación

Los planes e instrumentos urbanísticos afectados por la zona inundable deberán respetar y ajustarse a las determinaciones de la presente planificación y precisarán ser informados por la Confederación Hidrográfica del Miño Sil, a efectos de imponer condiciones de adecuación a las futuras edificaciones y la realización de actuaciones de defensa que se consideren prioritarias.

En ningún caso los planes o instrumentos de planeamiento urbanístico podrán dar lugar a un incremento significativo del riesgo de inundación en el área, término municipal donde se desarrollen o en los municipios colindantes.

Así las cosas, resulta evidente que, desde su atalaya sectorial, el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero supuso una auténtica limitación en los usos urbanísticos de determinadas zonas afectadas por riesgos de inundación, interactuando, sin duda alguna, con la regulación de los usos establecida por la correspondiente legislación urbanística autonómica.

VIII. LA ÚLTIMA ADAPTACIÓN DEL REGLAMENTO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO A LA GESTIÓN DE RIESGOS DE INUNDACIÓN. LAS LIMITACIONES EDIFICATORIAS.

El Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril (RDPH), que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas vino a suponer, en junto con otros instrumentos normativos, el desarrollo reglamentario del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA).

Durante su vigencia desde el año 1986, diversas han sido sus modificaciones con el objeto de adaptar la regulación del dominio público hidráulico a la realidad de cada momento.

Y dichas modificaciones no podían ser ajenas a la evolución que ha sufrido la evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

Como hemos señalado anteriormente, ya el Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, supuso la modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico incorporando criterios de la Directiva 2007/60/CE –sin significar su trasposición– en lo que a zonas inundables se refiere.

En esta misma línea, el Real Decreto 638/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de Planificación Hidrológica, aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y otros reglamentos en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales; supone la modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico en cuanto a la regulación de cuatro áreas claramente diferenciadas: los riesgos de inundación, las reservas hidrológicas, el censo de vertidos y los caudales ecológicos.

En cuanto a lo que aquí nos ocupa –los riesgos de inundación– ha de significarse que las modificaciones introducidas por el Real Decreto 638/2016 pretenden la actualización del marco normativo vigente en la materia, sirviendo de elemento cohesionador entre las determinaciones introducidas por el Real Decreto 9/2008 y por el Real Decreto 903/2010 de tal forma que se resuelvan los desajustes generados por la aplicación conjunta de los mismos y se garantice la adecuada implantación y coordinación de los Planes hidrológicos de cuenca y los Planes de gestión del riesgo de inundación.

Así, se puede fijar en cuatro, el número de las importantes modificaciones introducidas por el Real Decreto 638/2016:

1.- Establecimiento del procedimiento a seguir para determinar la máxima crecida ordinaria en aquellos cauces en los que no se pueda aplicar la definición existente actualmente, bien porque no haya datos de caudales registrados en el cauce o bien porque aunque existan no se encuentren en su régimen natural.

2.- Establecimiento de limitaciones de uso y actividad.

2.1.- Se introduce la identificación de los usos y actividades vulnerables frente a avenidas que no podrán ser autorizados en las zonas de flujo preferente, incluyendo determinados supuestos excepcionales; significando un incremento en las limitaciones en la zona de mayor riesgo de inundaciones respecto de las contempladas en la normativa hasta ahora en vigor.

2.2.- Se fijan ciertas limitaciones básicas al uso de las zonas inundables.

3.- Mejora el marco normativo de la gestión de episodios de inundación, ante los cuales, las experiencias vividas, habían revelado insuficientes los mecanismos existentes ante estas situaciones; incorporando al Reglamento incorporando aspectos concretos señalados en los Considerandos de la Directiva 2007/60/CE; aclarando los efectos de las avenidas ordinarias; y estableciendo un marco normativo adecuado al objetivo de gestión de los embalses durante las avenidas.

Por lo que respecta al concreto contenido de las modificaciones operadas en materia de inundaciones en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico se concreta en las siguientes consideraciones:

Se modifica el apartado 2 del artículo 4 al objeto de fijar los criterios de determinación del caudal de la máxima crecida ordinaria

Se modifica el párrafo primero del apartado 2 del artículo al objeto de regular la ampliación potestativa de la zona de policía para incluir la zona o zonas donde se concentra preferentemente el flujo, al objeto específico de proteger el régimen de corrientes en avenidas, y reducir el riesgo de producción de daños en personas y bienes; limitando en esas zonas o vías de flujo preferente la autorización de actividades a aquellas no vulnerables frente a las avenidas y que no supongan una reducción significativa de la capacidad de desagüe de dichas zonas

Se añade un nuevo artículo 9 bis introduciendo las limitaciones a los usos en la zona de flujo preferente en los suelos que se encuentren en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 638/2016 en la situación básica de suelo rural del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, con el objeto de garantizar la seguridad de las personas y bienes; concretando específicamente aquellos usos, instalaciones, edificaciones, y construcciones nuevas que no podrán ser objeto de implantación con sus correspondientes excepciones

Se añade un nuevo artículo 9 ter que regula las obras y construcciones que se permitirán realizar en la zona de flujo preferente en aquellos suelos que a la entrada en vigor del Real Decreto 638/2016 se encuentren en la situación básica de suelo urbanizado de acuerdo con el artículo 21.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, se podrán realizar, siempre que se reúnan los siguientes requisitos y sin perjuicio de las normas adicionales que establezcan las comunidades autónomas:

Se añade un nuevo artículo 9 quáter en el que se establece un régimen especial para la realización de nuevas edificaciones o usos asociados en la zona de flujo preferente respecto de aquellos municipios en que al menos un 1/3 de su superficie esté incluida en la zona de flujo preferente o que por la morfología de su territorio tengan una imposibilidad material para orientar sus futuros desarrollos hacia zonas no inundables.

Se modifica el artículo 10 que regula la gestión de los episodios de avenidas e inundaciones.

Se modifica el apartado 1 del artículo 14, y se suprime el apartado 4 introduciendo la nueva configuración de la zona inundable.

Se incluye un nuevo artículo 14 bis en el que se establecen las limitaciones a los usos del suelo en la zona inundable con el objeto de garantizar la seguridad de las personas y bienes.

De la modificación operada, y al margen de la atención al contenido concreto de los artículos, ya modificados o no, del Reglamento, resulta evidente la limitación edificatoria y constructiva operada en aras de la prevención de los riesgos de inundación, anteponiendo la prevención de los mismos a la consumación de los derechos edificatorios o urbanísticos de los propietarios de suelo afectados por el riesgo.

IX. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LOS RIESGOS DE INUNDACIÓN EN LA REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA DEL SUELO

No podemos cerrar este breve análisis de la regulación de los riesgos de inundación desde la perspectiva ambiental y urbanística sin hacer una mínima mención al tratamiento del mismo en las propias normas, estatales y autonómicas, de contenido urbanístico.

Desde el ámbito estatal, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece en su artículo 21.2 a) que tendrá la consideración de suelo rural y, por tanto, de suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, aquel que sobre el que recaiga riesgo de inundación; imponiendo además la necesidad de que el informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización incluya un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación (artículo 22.2).

En el ámbito autonómico, a resultas de la distribución competencial, cada Comunidad Autónoma podrá establecer su propia regulación si bien es cierto que a todas las ha venido a unir un nexo común por la particularidad de la concreta materia.

En el caso de nuestra autonomía, la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia establece en su artículo 34 que el planeamiento urbanístico clasificará como suelo rústico de especial protección los terrenos afectados por las legislaciones sectoriales de protección del dominio público hidráulico especificando que se categorizará como suelo rústico de protección de las aguas aquel constituido por los terrenos situados fuera de los núcleos rurales y del suelo urbano definidos como dominio público hidráulico en la respectiva legislación sectorial, sus zonas de policía y las zonas de flujo preferente; facultado finalmente al plan general podrá excluir justificadamente del suelo rústico de especial protección los terrenos necesarios para el desarrollo urbanístico racional, previo informe favorable del órgano que ostente la competencia sectorial correspondiente.

Por su parte, los artículos 35 y 36 regulan las condiciones y el régimen de los usos y actividades en suelo rústico; condiciones y régimen que ha de conectarse e interactuar con la normativa sectorial estatal que regula las condiciones y el régimen de los usos y actividades en suelo afectado por los riesgos de inundación en los términos contenidos en la misma.

“LA BUENA ADMINISTRACION Y LOS DIFERENTES VINCULOS PERSONALES CON EL ESTADO”

Gustavo Igarza Funes
Maestrando
Universidad de Montevideo

I. INTRODUCCION

Compete al Derecho Administrativo el estudio de dos grandes áreas temáticas: la organización del Estado y su actividad. Si nos focalizamos en ésta última fácilmente advertiremos que el componente de trabajo humano es de importancia central a efectos de la consecución del fin último del Estado, es decir la satisfacción del interés general.

El trabajo se presenta en diversas modalidades: una natural o clásica: el ejercicio de la función pública, a través de la incorporación del trabajador al Estado, tanto sea en forma permanente o por medio de contratos de función pública; la otra a través figuras contractuales que no otorgan (por lo menos desde el punto de vista formal) esa condición.

La actual realidad, signada por la necesidad de evitar el desmedido aumento de la plantilla de funcionarios, así como dotar de una mayor flexibilidad a los órganos estatales, ha provocado un mayor uso de figuras contractuales tales como: arrendamiento de obra, contratos laborales, pasantes y becarios etc., con los cuales en definitiva se procura evitar la regulación del Derecho Administrativo y en algunos casos también del propio Derecho del Trabajo.

En este trabajo, se analizan los vínculos personales con el Estado desde la perspectiva de la buena administración y la aplicación concreta de éste principio – deber de la Administración. El mismo se desarrolla en cuatro partes: la buena administración, el trabajo en el Estado en Uruguay, las modalidades de trabajo en la Administración y la buena administración en los vínculos personales con el Estado.

Finalmente se ensayarán unas breves reflexiones.

II. LA BUENA ADMINISTRACION

1. Concepto.

El concepto de buena administración es vasto y surge de la evolución en la concepción del Derecho Administrativo. Se ha señalado: “hoy el Derecho Administrativo no se ocupa sólo de en qué

consiste la administración (como obrar) y cuál es su régimen jurídico, sino que avanza en lo que refiere a cómo se administra y quienes participan en esa labor, cualesquiera sean." [1]

Giorgi la define así: "Hay buena administración en la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias, con relación al fin específico que se quiere satisfacer."[2]

Su aplicación –como enseña Santamaria Pastor– no solo refiere a evaluar las acciones una vez pasadas sino para "…establecer de antemano los sistemas que conduzcan a un una acción eficaz". [3]

Se pueden identificar tres dimensiones de la buena administración a saber: como deber, como derecho y como principio de derecho.[4]

La buena administración constituye el derecho a exigir que la administración ejerza los poderes públicos con la debida diligencia en procura de satisfacer el interés general, señalándose: "En la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la Institución por excelencia al servicio de los intereses generales, y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en si mismo y recupera su conciencia de institución de servicio a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender que si la tarea de dirección pública, sea en el gobierno o en la administración, se concibe desde esta aproximación, entonces el derecho ciudadano a un buen gobierno y a una buena administración pública sea algo razonable y adecuado. Derecho que supone, como corolario necesario, la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y terminadas." [5]

Nuestra Constitución refiere a la buena administración en dos oportunidades. En el artículo 60 se impone la obligación de una "administración eficiente" en cuanto concierne a los servidores públicos y en el art. 311 refiere a los efectos de la anulación de los actos administrativos cuando la misma se fundamente en razones de buena administración.

III. EL TRABAJO EN EL ESTADO EN URUGUAY.

El desarrollo de la función pública acompañó la evolución del Estado.

Nuestra primera Constitución del año 1830, siguió el modelo norteamericano de separación de tres poderes clásicos, un régimen presidencialista, e instauró un Estado Liberal que era "juez y gendarme. Posteriormente en los albores del siglo XX, el Estado asumió un papel intervencionista en las actividades y explotaciones industriales y comerciales, así como servicios sociales, lo que

---

1 DELPIAZZO, Carlos, "El Derecho Administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso", en Revista Facultad de Derecho No. 30 enero –junio de 2011 páginas 95 y siguientes.

2 GIORGI Héctor "El Mérito y la Validez del Acto Administrativo. El Concepto de Buena Administración en la Constitución Uruguaya" en La Justicia Uruguaya Tomo 43. Cita Online: UY/DOC/79/2009.

3 SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso "Los Principios de Derecho Administrativo General" Tomo I, Editorial Iustel 4ta. Edición Madrid 2016 pagina 72.

4 DURAN MARTINEZ, Augusto. "La Buena Administración" en "Estudios de Derecho Administrativo" No. 1 Editorial La Ley Montevideo 2010, páginas 173 y siguientes

5 RODRIGUEZ ARANA Jaime, "El Derecho Fundamental al Buen Gobierno y a la Buena Administración de Instituciones Públicas" en Anuario de Derecho Administro Tomo XV Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2008, página 114.

significó un desarrollo significativo de la función pública, convirtiéndose así el Estado en el principal empleador del país [6].

Sucesivas crisis económicas y en especial el manejo inadecuado de la gestión de los funcionarios públicos –no ajeno al clientelismo político– tanto en su ingreso, como en su desarrollo laboral, causaron el sobredimensionamiento del Estado – empleador, generándose así intentos por revertir esta perniciosa realidad y redimensionar el Estado.

En la última década del siglo pasado, se aprobó la ley 16127 de 7 de agosto de 1990, con la finalidad de racionalizar la función pública. Durán Martínez dirá: "La finalidad del capítulo I de la ley 16127 es: a) limitar el ingreso de funcionarios a la Administración. Con ello se procura reducir el tamaño del Estado; con lo cual se alivia al contribuyente y se beneficia al funcionario al permitir mejorar sus remuneraciones con partes de las economías producidas; b) establecer mecanismos objetivos para los casos en que sean posibles las designaciones. Con ello se procura eliminar el llamado "clientelismo político" y garantizar el ingreso de los más capacitados, lo que redunda en un mejoramiento de los servicios" [7].

A partir de la citada norma, se limitó férreamente el ingreso a la función pública, lo cual determinó el uso –muchas veces abusivo– de otras formas jurídicas de trabajo en el Estado: pasantes, becarios, y arrendamiento de obra etc. [8].

IV. MODALIDADES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACION.

1. Aspectos previos.

El trabajo en el Estado se desarrolla a través de diferentes modalidades.

Tomando en cuenta el criterio de la "incorporación" al Estado se pueden distinguir dos grandes modalidades: a) las que otorgan la condición de funcionario público y que suponen la incorporación del trabajador en la Administración; y b) aquellas que no incorporan al trabajador a la función pública, sino que trabajan para la Administración. [9]

2. Funcionarios Públicos Presupuestados y Contratados.

En nuestro país, se ha sostenido un concepto amplio de funcionario público, siguiendo a Sayagués quien lo definió como: "todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal" [10].

---

6 CORREA FREITAS, Rubén y VÁZQUEZ, Cristina. "Manual de Derecho de la Función Pública". Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1998 1era. Edición pagina 49.

7 DURAN MARTINEZ, Augusto, en "Servicios Personales en la Administración Pública. Ley 16127 de 7 de agosto de 1990". Serie Congresos y Conferencias No. 2. "Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político" Montevideo 1990 páginas 39 y siguiente.

8 La limitación al ingreso a la función pública si bien aún se encuentra vigente, ha sido flexibilizada por la ley 17930 de 19 de diciembre de 2005.

9 DELPIAZZO Carlos "Manual de Contratación Administrativa" Tomo II Parte Especial PRONADE. Colección de Manuales Burocráticos. Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, año 1993, página 100.

10 SAYAGUES LASO, Enrique. "Tratado Derecho Administrativo". Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 1991 Tomo I páginas 262 y 263.

Cajarville, analizando acumulativamente las normas constitucionales referentes al trabajo y a la función pública entiende que existe un concepto constitucional de funcionario público: "…todos quienes cumplen con su deber de aplicar sus energías intelectuales y corporales en una relación de trabajo o servicio con una entidad estatal…" [11].

Se distinguen los funcionarios presupuestados de los contratados. Los primeros, son aquellos que ocupan un cargo presupuestado, entendiéndose por cargo el elemento específico del órgano en cuanto sirve para indicar la posición que ocupa en éste el titular a su servicio. En tanto los contratados, son aquellos que se incorporan a la Administración a través de una partida genérica de jornales y contrataciones de conformidad al artículo 229 de la Constitución de la República [12].

La diferencia sustantiva entre ambas categorías consiste en que los funcionarios presupuestados tienen el derecho a la permanencia en el cargo y a la carrera administrativa con excepción de los cargos políticos y/o particular confianza, en tanto los contratados lo son a término y carecen del derecho a la carrera administrativa en todos los casos.

El art. 56 de la ley 15809 de 8 de abril de 1986, establece un principio matriz: el ejercicio de la función pública en tareas permanentes deberá efectuarse en cargos presupuestados y bajo el sistema de carrera administrativa de acuerdo con las normas constitucionales y estatutarias vigentes.

En la actualidad existen tres modalidades de contratos de función pública:

A. Contrato Temporal de Derecho Público

Por esta disposición, se permite a la Administración celebrar contratos a efectos de cubrir necesidades de personal que no pueda satisfacer con sus funcionarios presupuestados por el plazo de tres años, prorrógales por una única vez, no distinguiéndose la naturaleza (permanente o transitoria) de necesidades[13].

A través de esta norma, se pretendió asimismo regularizar una figura preexistente "contratos a término" sumamente resistida y conflictiva, que suponía una mixtura entre la función pública y el derecho privado [14].

Posteriormente, por el artículo 9 la ley 19355 de 19 de diciembre de 2015 habilita a transformar ésta figura en Contratos de Trabajo o Provisoriato, cayendo así en desuso.

---

11 CAJARVILLE, Juan Pablo "Concepto Constitucional de Funcionario Público y Diversidad de Regímenes Constitucionales." En "Pasado y Presente de Derecho Administrativo Uruguayo" AAVV. Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición, Montevideo 2012, página 14.

12 DELPIAZZO Carlos, Derecho Administrativo General Volumen 2. Amalio M. Fernández 1era. Edición Montevideo 2013, pagina 37.

13 Se encuentra regulada por el art. 53 de la ley 18719 de 27 de diciembre de 2010 y Decreto del Poder Ejecutivo No. 55/011 de 7 de febrero de 2011.

14 La ley 17556 de 18 de setiembre de 2002, en sus arts. 30 a 43 inclusive, regula el denominado "Contrato a Término", por el art. 55 de la ley 18719 de 27 de diciembre de 2010, se establece que dichos contratos (en el Poder Ejecutivo) se transformarán en "Contratos Temporales de Derecho Público".

B. Contrato de Provisoriato.

Supone una etapa anterior al ingreso como funcionario público presupuestado. En efecto, ante el supuesto de la existencia de un cargo vacante en la Administración, éste no se cubre en forma definitiva, sino que se recurre en forma previa a esta modalidad por la cual se celebra con el postulante seleccionado un contrato por el término de quince meses [15].

Transcurrido dicho plazo, el funcionario será evaluado en cuanto a su rendimiento y de ser satisfactoria será incorporado a la Administración, de lo contrario será rescindida su vinculación.

Ruocco señala: que "la situación del trabajador durante los quince meses, en carácter de contratado, no violenta el marco constitucional y legal, a pesar de tratarse del ingreso para el desempeño de tareas permanentes, en la medida de que es transitoria"[16].

C. Contrato de Trabajo

Fue creado en el reciente Estatuto del Funcionario del Poder Ejecutivo. Su finalidad es la de realizar: tareas transitorias, excepcionales o a término, o tareas permanentes que transitoriamente no puedan realizarse con funcionarios presupuestados. Su plazo es de dos años prorrogables. [17]

Esta figura contractual constituye una excepción al principio establecido en el art. 56 de la ley 15809, ya que permite contratar para realizar tareas permanentes.

3. Modalidades que no otorgan la condición de funcionario público

Se señalarán a continuación una serie de formas de trabajo en el Estado, a las cuales expresamente la norma les ha negado la calidad de funcionarios públicos.

A. Contrato Laboral

Se rige por los lineamientos del derecho laboral clásico aplicable en el ámbito privado, con un límite temporal fijado por el término de doce meses.[18]

Se prevé para la realización de tareas excepcionales que deberán de ser debidamente justificadas y en ningún caso para la realización de tareas permanentes.

---

15 Se encuentra regulado por el art. 90 de la ley 19121 de 20 de agosto de 2013. La ley 17556 de 18 de setiembre de arts. 30 a 43 inclusive, regula el denominado "Contrato a Término", por el art. 55 de la ley 18719 de 27 de diciembre de 2010, se establece que dichos contratos (en el Poder Ejecutivo) se transformarán en "Contratos Temporales de Derecho Público". y finalmente por la ley 19355 de 19 de diciembre de 2015 habilita a transformar ésta figura en Contratos de Trabajo o Provisoriato.

16 RUOCCO, Graciela, "Definición Legal de Funcionario Público. Especial Referencia a Funcionarios Presupuestados y Contratados (Ley 19121) en "Funcionarios Públicos. Especial énfasis en la ley No. 19121. Coordinador Durán Martínez Augusto. Universidad Católica del Uruguay 2014, página 118.

17 Se encuentra regulado por el art. 92 de la ley 19121, y Reglamentado por el Decreto del Poder Ejecutivo 118/014 de 30 de abril de 2014. Asimismo por el art. 9 de la ley 19355, esta figura sustituyo para la Administración Central el "Contrato Temporal de Derecho Público" previsto en la ley 18719.

18 Se encuentra regulado por el art. 54 de la ley 18719 y reglamentado por el Decreto del Poder Ejecutivo 53/011 de 7 de febrero de 2011.

B. Contrato de Arrendamiento de Obra

En la especie, nos importa cuando este contrato de arrendamiento de obra es celebrado con una persona física.[19]

El arrendador asume la obligación de cumplir con el objeto estipulado en la forma convenida y dentro del plazo acordado. La obligación de la arrendataria constituye en el pago del precio en las condiciones pactadas.

El contrato de obra en la Administración Pública configura una modalidad de colaboración del contratado en perspectiva que puede verse como de participación pública – privada[20].

C. Contrato de Arrendamiento de Servicios.

Es el contrato entre la Administración y una persona por la cual ésta pone a disposición de la primera su fuerza de trabajo, por un tiempo determinado recibiendo en contraprestación el pago de un precio. [21]

Esta figura contractual, presenta "fronteras difusas" respecto a la relación funcional y/o de trabajo, y que en la práctica, ha sido usada en forma residual por la por la Administración.

D. Becarios y Pasantes

Supone una ayuda económica para estudiantes, y el permitir adquirir una experiencia laboral, teniendo varias limitaciones: edad, horas de trabajo y remuneración. [22]

E. Contrato de Consultoría

Refiere a una modalidad de servicios relacionada con los grandes proyectos de inversión pública. Supone una obligación de resultado: asesorar en la gestión de un proyecto.

Su contratación se realizará siguiendo los procedimientos establecidos para la contratación con el Estado, dispuesto en el Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado.

F. Adscriptos

Habilita que los Ministros de Estado puedan contratar asesores adscritpos a sus Ministerios. [23]

G. Contrato Artístico

Permite contratar artistas, las cuales serán transitorias y revocables en cualquier momento.[24]

---

19 Se encuentra regulado por art. 47 de la ley 18719 y art. 248 de la ley 18834 de 4 de noviembre de 2011 y el artículo 3 de la ley 19149 de 24 de octubre de 2013.

20 ROTONDO TORNARIA, Felipe. "Contrato de Arrendamiento de Obra" en Estudios de Derecho Administrativo. La Ley Uruguay Montevideo 2013 1era. Edición. No. 8 pagina 652 y siguientes.

21 Se encuentra regulado el Código Civil art. 1776 y siguientes.

22 Se encuentra regulado por el art. 51 de la ley 18719 y reglamentado por el Decreto del Poder Ejecutivo 54/011.

23 Art. 58 de la ley 18719.

24 Se encuentra regulado por el art. 52 de la ley 18719 y reglamentado por el Decreto 52/011 del Poder Ejecutivo.

H. Primera experiencia Laboral

Prevista en la ley de empleo juvenil y promueve la inserción de jóvenes en el mercado de trabajo procurando a través de una primera experiencia laboral. [25]

V. LA BUENA ADMINISTRACION EN LOS VINCULOS PERSONALES CON EL ESTADO.

A efectos de la aplicación de la Buena Administración en los vínculos personales con el Estado, referiremos: a la Oficina Nacional del Servicio Civil; el riesgo de la precarización de la función pública y finalmente se citará un caso de jurisprudencia reciente.

1. Oficina Nacional del Servicio Civil.

Como se señalara, una de las escasas menciones a la "Buena Administración" realizadas en el texto Constitucional (art. 60), refiere a la organización del Servicio Civil, quien tiene el mandato de "asegurar una administración eficiente".

Sobre su naturaleza Cassinelli señala: "…El Servicio Civil aparece como una oficina que tiene cometidos legales para asegurar una administración eficiente, pero que no dicta ordenanzas ni interfiere en las autonomías constitucionales sino que ofrece servicios a las autoridades competentes para establecer estatutos y tomar decisiones en materia de personal…". [26]

Recientemente, se le ha fortalecido, ampliado su competencia en cuanto a instrumentar y administrar un "Sistema de Reclutamiento y Selección de Recursos Humanos" y un "Sistema de Gestión Humana". Al respecto Correa Freitas señala: "…estimo que es una medida acertada desde el punto de vista político, la centralización del sistema de ingresos por concurso de funcionarios públicos en la Oficina Nacional del Servicio Civil. Esta medida asegurará que se utilicen criterios similares de exigencia para el ingreso por parte de los organismos estatales y le dará una mayor seguridad a los aspirantes."[27]

2. Precarización de la función pública.

Se cumple con la "buena administración" cuando se realiza la distinción entre las funciones de carácter permanente, con las de ocasionales o transitorias, correspondiendo que exista una organización profesional y jerarquizada para el cumplimiento de las primeras, y en tanto una mayor flexibilización para las segundas.

El uso abusivo de vínculos que no otorgan la condición de funcionarios públicos, supone un riesgo. Así es que Brito señala: "el régimen de servicio público afianza el carácter estatutario del vínculo de la Administración con sus funcionarios (particularmente, su régimen disciplinario), en virtud del carácter supraordenado del bien jurídico tutelado. Y esto obra como límite a la procurada privatización porque el bien público exige para su servicio la actuación de quienes estén sometidos a un régimen jurídico con obligaciones, prohibiciones, constreñimientos o restricciones

25 Arts. 21 y siguientes de la ley 19133 de 20 de setiembre de 2013.
26 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Derecho Público" Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1999, página 447.
27 CORREA FREITAS, Rubén, "Las normas sobre funcionarios públicos en la ley 18719". Cita Online: UY/DOC/188/2011.

peculiares, que en cambio, son anodinas o improcedentes cuando se está en la relación de empleo privado. También frecuentemente, la situación jurídica del funcionario requiere una peculiar estabilidad o permanencia, constitutiva también de garantías para el funcionario". [28]

Cajarville advierte: "la paradoja de estas exclusiones de determinados trabajadores del concepto constitucional de funcionario público, es que con ello se los excluye de las normas constitucionales que hacen de los funcionarios públicos verdaderos "servidores públicos", ahora que con tanto énfasis se proclama que los funcionarios tienen que ser servidores públicos, se excluye por esta vía a determinados trabajadores para el Estado de aquellas normas constitucionales que existen precisamente para hacer de los funcionarios "servidores públicos". Se los excluye del art. 58 que establece que los funcionarios están al servicio de la Nación, y del art. 59 que dispone que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario…"[29]

3. Un caso de Jurisprudencia reciente.

Resulta sumamente ilustrativo citar dos fallos jurisdiccionales, uno del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y otro de la Suprema Corte de Justicia, ante el mismo caso[30].

Durante el transcurso de una acción de nulidad entablada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, contra una resolución administrativa por la cual no se reconocía los años desempeñados en la figura de "contrato a término", (la cual expresamente negaba la condición del funcionario público), el Tribunal consideró que la norma citada era inconstitucional, solicitando "de oficio" a la Suprema Corte de Justicia así la declarase, en tanto en nuestro ordenamiento es potestad exclusiva de dicho órgano tal declaración. En dicha oportunidad el Tribunal expresó: "…a juicio de este Tribunal, mediante este dispositivo, el legislador pretende sustraer del régimen jurídico general de protección constitucional – que resulta aplicable a los funcionarios públicos en general– a aquellos sujetos que se vinculen contractualmente con órganos del Estado a través de la nominación del ligamento bajo la egida del Derecho del Trabajo.".

Llegado los autos a la Suprema Corte de Justicia, esta entendió que la norma cuestionada era constitucional expresando: "El régimen de contratos a término establecido en el capítulo IV de la Ley No. 17556, no vulnera los artículos de la Constitución enumerados por el Tribunal, en tanto no altera el concepto de funcionario público que emerge del contexto de los artículos 58 a 63 de la Carta, sino que simplemente habilita a la Administración a contratar personal a término, con la posibilidad de renovar sus contratos en caso de subsistir las necesidades".

---

28 BRITO, Mariano "Derecho Administrativo Su Permanencia – Contemporaneidad– Prospectiva". Universidad de Montevideo, Montevideo 2004, página 542.

29 CAJARVILLE, Juan Pablo "Concepto Constitucional de Funcionario Público y Diversidad de Regímenes Constitucionales." En "Pasado y Presente de Derecho Administrativo Uruguayo" AAVV. Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición, Montevideo 2012, páginas 17 y 18.

30 Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 43 de 10 de marzo de 2016 y de la Suprema Corte de Justicia No. 411 de 12 de octubre de 2016, comentadas por VAZQUEZ Cristina en "A propósito de la sentencia del TCA No. 4372016" y "A propósito de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 411/2016, sobre Constitucionalidad del artículo 32 de la ley No. 17556" Citas On line: UY/DOC/265/2016 y UY/DOC/30/2017 respectivamente.

En definitiva los dos órganos de mayor jerarquía a efectos del contralor jurisdiccional, tienen opiniones diferentes en cuanto a la constitucionalidad de normas que habilitan figuras que no otorgan la condición de funcionarios públicos.

VI. ALGUNAS BREVES REFLEXIONES

1. Siguiendo a Giorgi, se define la buena administración como "la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias, con relación al fin específico que se quiere satisfacer", pudiendo ser concebida como un deber, un derecho y un principio general.

2. El Estado para el cumplimiento de sus fines necesita el trabajo humano, el cual se materializa a través de diferentes tipos de vínculos personales. Cuando la persona se incorpora al Estado, adquiere la condición de funcionario público, en los otros casos trabajará para el Estado.

3. El Principio de Buena Administración recogido en la especie por el art. 56 de la ley 15809 supone que aquellas tareas permanentes deban de realizarse con funcionarios públicos presupuestados.

4. El sobredimensionamiento del Estado ha generado la multiplicidad de vinculaciones diferentes a la funcionario público, las cuales en algunos casos han se han desvirtuado encubriendo verdaderas relaciones de función pública.

Tal desnaturalización supone un ataque a las bases constitucionales de la función pública, y una violación del deber de la buena administración.

En especial se deberá cuidar que en todas las formas esté presente: el sentido de servicialidad y profesionalidad, el cumplimiento ético y la responsabilidad personal, más allá de la responsabilidad del Estado propia del Estado de Derecho.

5. Nuestra doctrina ha sido sumamente celosa y rigurosa en señalar los apartamientos de los pilares constitucionales del ejercicio de la función pública y la buena administración, no siendo el caso de la jurisprudencia con fallos disímiles.

6. En definitiva la precarización de la función constituye un ataque a la Buena Administración, tanto como Principio de Derecho, Deber de la Administración y Derecho de los ciudadanos.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL AMBITO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÒN

Autora: Irina Daiana Brest
Especialista en Derecho Administrativo

Carrera de Especialización en Derecho Administrativo (Acreditada por CONEAU- Res. 333/09) Ciclo Académico 2013-2015. Directora: Mirta Sotelo De Andreau. Lugar: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E. (Corrientes, Argentina).

En el derecho argentino, la responsabilidad contractual del Estado en la órbita de los contratos supone la sanción de un daño antijurídico culpable cuya fuente es el incumplimiento de una obligación contractual preexistente.

En efecto, el tema de responsabilidad contractual del Estado está influenciado de manera decisiva por la consecución de los fines de interés público a que se encuentra ligado todo contrato de la administración, sobre todo los de colaboración, a través de los cuales aquél obtiene bienes o la prestación de servicios que se consideran necesarios para el bienestar general o el cumplimiento de sus misiones esenciales[1].

Los contratos de la administración, producto de procedimientos de derecho público reglados y de imperativo cumplimiento bajo pena de nulidad del vínculo creado, generan lo que se denomina una "relación contractual". Esta relación compleja está integrada por: a) las estipulaciones de las partes, que aun con las limitaciones que el Derecho Administrativo impone siempre existen; b) por los preceptos del ordenamiento aplicables(en el Derecho Administrativo existe un bloque inderogable de normas y principios, incluidos los pliegos de condiciones, que son derecho imperativo en materia de contratos), y c) los deberes y derechos implícitos para las partes, como los derivados, entre otros que se detallan enseguida, de los principios de buena fe, lealtad, colaboración e información, de tanta importancia en la materia junto con los relativos a la trascendencia de la finalidad como guía interpretativa en el campo de los contratos públicos en general[2].

En la responsabilidad prestacional el Estado solo responde por las consecuencias directas e inmediatas mientras que en la extracontractual se hace extensiva a las consecuencias mediatas. Por ello, es importante diferenciar su naturaleza.

---

1 SAENZ JORGE,A., "Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (Llamada responsabilidad "contractual" en el derecho administrativo argentino", (Dirigido por Horacio Daniel Rosatti), en Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 401.

2 SAENZ JORGE,A., "Sistema de responsabilidad…", op. Cit., p. 408.

El Tribunal Supremo de España, en una sentencia de su sala 1ª en la que fue ponente el jurista Santos Briz, sostuvo que la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del *alterum non laedere*, mientras que la segunda presupone una relación preexistente –generalmente un contrato, y de ahí su calificativo de contractual– entre el responsable y la víctima del daño.

En el art. 10 de la ley 26.944 de Argentina establece que: "La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria". Esta norma es doctrinariamente criticada.

Así, Enrique M. Falcón[3] dice que: "No resulta muy claro cuál es el alcance de la supletoriedad ni la razón de la misma, pero habrá que tener en cuenta los requisitos que se piden para la responsabilidad extracontractual en el reclamo, cuando no haya normas particulares".

Según Jorge A. Sáenz[4]: "La primera parte de la norma, ejemplo de vacuidad y redundancia, remite a las "normas específicas", expresión que, debe suponerse, quiere decir "aplicables" o "que contemplen el caso". Se trata, por consiguiente, de una norma tautológica, que se podría reformular expresando que "los casos que se refieren a la responsabilidad contractual del Estado se resolverán aplicando las normas que los regulan". Si bien no se puede estar en desacuerdo con este enunciado, es evidente su inutilidad, estando, como declaración, desubicada dentro de una ley. La segunda parte del artículo es más inquietante. Presenta vicios de mayor gravedad institucional. Sugiere que si el intérprete que está frente a un caso de responsabilidad contractual del Estado estima que no hay "normas específicas", entendiendo por tales solo las normas administrativas locales, entonces debe aplicar supletoriamente el resto de las disposiciones de la ley, también administrativa y local, que regulan básicamente la responsabilidad extracontractual del Estado. Esta previsión, por otra parte, no advierte que, aun dentro de su lógica interna, en el caso de contratos públicos regidos en su objeto por el Derecho Privado, los casos no previstos no deberán solucionarse aplicando supletoriamente esta ley, sino las pertenecientes a ese sector del Derecho objetivo".

La aplicación por vía de la técnica de la analogía de las disposiciones del derecho privado para integrar las lagunas del derecho administrativo –tarea que conlleva la adaptación de las soluciones previstas en el Código Civil con los principios y normas de derecho público[5]– ha sido postulada por la tradicional iusadministrativa[6]. Así, Marienhoff[7] y Cassagne[8] sostienen que la analogía tiene

---

3 FALTON ENRIQUE, M., "La responsabilidad del Estado y la cuestión procesal", Dirigido por Horacio Daniel Rosatti), en Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 469.

4 SAENZ JORGE,A., "Sistema de responsabilidad…", op. Cit., p. 396.

5 REIRIZ MARIA, G.,, "Responsabilidad del Estado", en AA.W., El derecho administrativo hoy, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 220 y ss, y CASSAGNE JUAN, C., "Curso de derecho administrativo", 10ª ed., t.I, Ed. La Ley, Buenos Aries, 2011, p.95.

6 MARIENHOFF MIGUEL, S., "Tratado de derecho administrativo", 5ª ed. Actualizada, t. I, Ed. Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 287-292; DIEZ MANUEL M., "Tratado de derecho administrativo", t.L, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1974, p. 402; REIRIZ MARIA G., "Responsabilidad del Estado", op. Cit., p. 224; CMOADIRA JULIO R., ESCOLA HERCTOR J. y COMADIRA JULIO P., "Curso de derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p.220 y ss.

7 MARIENHOFF MIGUELS., "Tratado…", ob. Cit. P. 287 y ss.

8 CASSAGNE JUAN C., "Curso..", ob. Cit. Pp. 95 y 175.

un gran campo de aplicación en el derecho administrativo debido a su autonomía y a su condición de derecho nuevo y, por tanto, con carencia de normas escritas[9].

En materia de contratos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación la integra con normas del Código Civil de forma analógica[10] y en otros casos, también lo ha hecho subsidiariamente[11].

La responsabilidad contractual ha sido fijada por el máximo tribunal desde antaño y se reitera en los distintos fallos. Así, por ejemplo en el caso "Espacio c/ Ferrocarriles Argentinos" se dijo que en materia de contratos públicos, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades prestablecidas para cada caso, y el objeto cuales las personas públicas pueden disponer sin expresa autorización legal[12], y más recientemente, con cita de dicho fallo, se sentó el criterio que los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las parte, por lo cual el ente licitante no pudo así, en las bases del llamado a licitación, insertar cláusulas que no respetaban las disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales[13]. En este supuesto, a diferencia de los anteriores, la ley no ha fijado una prescripción distinta que para los sistemas contractuales es de diez años (art. 4023, Cód. Civ.)[14].

En efecto, el contrato administrativo se integra en ese momento crucial de su ejecución con la totalidad del complejo normativo que le es propio, incluido el plexo total del Derecho de las Obligaciones y especialmente de responsabilidad contractual, establecerá para las partes obligaciones, permisiones o prohibiciones, que completan lo no previsto expresamente, permitiendo la aplicación de una serie de principios considerados básicos, a saber: a) el juego de la cláusula rebus sic stantibus; b) la subsistencia del sinalagma genético; c) la auténtica interdependencia de prestaciones; d) el encadenamiento de responsabilidades derivadas de un incumplimiento; e) la previsibilidad de los eventuales daños; f) la comprensión de los objetivos y fines del contrato por las partes y la trascendencia del cumplimiento en la esfera pública; g) el deber de cooperación; h) el deber de lealtad; i) el deber de información [15] .

---

9 PERRINO PABLO E., "Algunos comentarios sobre la regulación de la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos en la ley 26.944", Revista de Derecho Administrativo, Nº 97, enero-febrero, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.118.

10 Fallos 300:679, 301:292, 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi, 312:696 y causa "S.A Organización Coordinadora Argentina".

11 SAENZ JORGE A., "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino", en AA.W., Responsabilidad del Estado, Ed. Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 67 y ss.

12 CSJN, 22-12-93, E.286.XXII. "Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Cobro de pesos", fallos: 316:3157.

13 CSN, 30-9-2003, E.441.XXXVIII, "El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ Ordinario", elDial.com , AA1D6D.

14 FALTON ENRIQUE, M., "La responsabilidad del Estado y la cuestión procesal", Dirigido por Horacio Daniel Rosatti), en Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético, 1a ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 469.

15 SAENZ JORGE,A., "Sistema de responsabilidad…", op. Cit., p. 408.

La doctrina señala como presupuestos de este tipo de responsabilidad la existencia tanto de un contrato válido como de una obligación. La obligación está integrada por lo estipulado, lo implícitamente convenido, lo previsto por el legislador y por los deberes que impone la buena fe, la colaboración, la lealtad, la información y la necesidad del cumplimiento de los fines del contrato como acto fuente de la obligación. A estos presupuestos de existencia del deber jurídico se suman los comunes: a) la antijuricidad (la transgresión de la norma genérica y en el plano de la norma individual contractual el incumplimiento de la obligación preexistente, específicamente del deber de prestación derivado del contrato, en sus tres variantes. Incumplimiento total, cumplimiento tardío y cumplimiento defectuoso); b) la imputabilidad si no existe menoscabo material o moral, art. 505, inc. 3º y art. 1167), y d) la causalidad (aplicando la doctrina de la causalidad adecuada entre el incumplimiento y el daño, modulando su extensión según sea la imputabilidad subjetiva culposa o dolosa)[16].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado repetidamente que "la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos en contratación[17]".

En caso de que invalidez sustancial del contrato, jurisprudencialmente está asentado que la vía que corresponde interponer es la de enriquecimiento sin causa, siendo fundamental "la invocación y prueba del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir", así se ha dicho en el caso "Cardiocorp SRL c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires".

La Ley de Contratos del Sector Público Español, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, dispone que "El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista". Y por Sentencia del Tribunal Supremo del 27/9/85 la jurisprudencia complementa esta norma en el sentido de que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y de la Administración "debe ponderarse conforme a las normas y los principios ordenadores de la culpa contractual"[18].

Normalmente el incumplimiento antijurídico del Estado se manifiesta con el dictado de un acto administrativo. En este sentido, el art. 12 inc. A del decreto 1023/2001 del 13/8/2001, B.O. del 16/08/2011 dispone que la Administración tiene, "La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas", y los actos administrativos que dicten en consecuencia están dotados de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, es decir de los caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549.

Para lograr su anulación debe articularse la acción de responsabilidad contractual del Estado por las vías y dentro de los plazos previstos en el Título V del decreto-ley 19.549 de procedimiento administrativo y la necesidad de previa declaración de nulidad para fundar la pretensión de daños

16 MOSSET ITURRASPE, J., "Contratos", Ediar, Buenos Aires, 1984, p.337-357.

17 Fallos: 323:3924, 324:3019, 326:1280 y 3206).

18 MORENO MOLINA JOSE A., y PLEITE GUADAÑILLAS FANCISCO, "Nuevo régimen de contratación administrativa, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2003, p. 501.

y perjuicios, en este sentido se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en fallo plenario "Petracca", compartiendo esta posición la Corte Suprema de Justicia en la causa "Gypobras".

Las causas justificantes del incumplimiento del Estado que lo hace inimputable excepcionalmente son: a) Caso fortuito o fuerza mayor: Interrumpe el nexo causal siendo ajena a la voluntad de las partes, imprevisible, inevitable, actual e imposibilita cumplir en termino las prestaciones. Ejemplos: Inundaciones, guerra, huelgas, sequia, etc. b) Culpa de la otra parte si se interrumpe el nexo causal, c) El desequilibrio económico en perjuicio del contratista imprevista que no imposibilita el cumplimiento pero habilita la rescisión o la revisión del contrato, por el principio de enriquecimiento sin causa la Administración debe resarcir a pesar de no ser responsable y e) Estado de necesidad sin culpa del Estado, siempre que el riesgo no pueda ser evitado de otra forma, que el peligro sea actual e inminente y que el daño ocasionado sea menor al que se quiere impedir. Tal caso fue planteado en el laudo arbitral por el procedimiento iniciado por LG&E contra la República Argentina por incumplimiento del contrato relativo a las obligaciones de distribución de gas.

Sin embargo, el caso fortuito o de fuerza mayor en el contrato de obra pública el Estado debe indemnizar las pérdidas, averías o perjuicios causados al contratista por fenómenos naturales extraordinarios superiores a su capacidad de previsión según lo establece el art. 39 de la ley 13.064. En este sentido fallo la Corte Suprema de Justicia en el caso "Chediack".

En conclusión, la integración de normas del Derecho común a las lagunas existentes en el Derecho administrativo respecto a la responsabilidad contractual del Estado no implica desconocer las diferencias existentes en las condiciones y finalidades entre los contratos administrativos y los de derecho privado. Sino, como se vio más arriba, existen principios básicos del código civil que no pueden ser desconocidos, como la buena fe, lealtad, colaboración, información, la previsibilidad de los daños eventuales, el deber de no dañar y la obligación de reparar, fundadas no solamente en el incumplimiento culposo del Estado sino también de consecuencias dañosas de actos lícitos o acontecimientos imprevisibles y ajenos a la administración.

El Estado como administrador del bien común con prerrogativas de poder público debe responder con la prestación pactada o con una sustitución de los daños y perjuicios ocasionados cuando no cumple con la obligación generada por un contrato, pues es una norma secundaria de creación bilateral que debe ser cumplida como la ley misma. Pues el incumplimiento es un acto antijurídico y culpable salvo que concurran algunas de la causas de justificación de responsabilidad de la Administración Publica.

ORALIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LAS CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR

Jaime Andrés Villacreses Valle
Profesor de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo
Universidad de las Américas (UDLA)

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es una forma de actividad administrativa mediante la cual el estado cumple sus fines de satisfacer las necesidades de los ciudadanos a través de la contratación de obras, bienes o servicios. En esta actividad se movilizan muchos recursos públicos económicos de todos los ciudadanos, razón por la cual es necesario que se fiscalice el debido manejo de estos recursos, que se respeten los derechos de las personas que, a través de la contratación, ejercen su derecho al trabajo y la competencia en igualdad de condiciones.

En esta comunicación se pretende hacer una revisión del control jurisdiccional de la contratación pública mediante el proceso contencioso administrativo a la luz del sistema oral, mismo que sirve como instrumento para poner en movimiento al aparato judicial, con el fin de buscar la protección de los derechos de las personas. Se revisará con ejemplos cómo se producen las controversias en materia de contratación pública, las normas de competencia de los jueces, tipos de acciones, tiempos de caducidad, pruebas y cómo se desarrolla el proceso contencioso administrativo con la implementación del sistema oral, lo cual también es un gran paso para que se respete el derecho a la tutela judicial efectiva.

II. IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO

Partiendo de que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos[1], éste tiene entre sus principales tareas, la de crear un sistema de protección jurídica de derechos, es decir, debe otorgarles a los ciudadanos herramientas que les permita defenderse ante los abusos de poder, de los cuales no escapa el ámbito de la Contratación Pública.

Por ello, a través de los artículos 167 y 168 de la Constitución se entrega a los jueces la potestad de administrar justicia, implantando un sistema oral en todas las materias, instancias, etapas y diligencias del proceso, además de que se deben garantizar los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Además de aquello, el artículo 169 de la Constitución dispone que las

1 Art. 11.9 de la Constitución de la República del Ecuador.

normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal.

Con los mandatos constitucionales expuestos, se emitió el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que regula e implementa la oralidad en la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal que tiene sus propias normas.

Con la oralidad se pretende modernizar a la justicia y hacerla más eficiente. Se quiere que los jueces centren su energía y capacidad en un caso a la vez, sin la dispersión del sistema escrito. Implica comunicación directa entre las partes y los jueces; es decir, el juez ya no es una persona escondida en su despacho detrás de torres de papel, un funcionario invisible ante el usuario de la administración de justicia, sino que es un juez que da la cara, que razona y motiva frente a las partes sus decisiones, con el objeto de evitar sospechas y especulaciones que generaban los jueces sin rostro[2].

Con la oralidad se garantiza un proceso ágil, que evitará los constantes escritos de incidentes que paralizaban los juicios en el sistema escrito, donde la práctica de la prueba se realizará en audiencia y al final de la misma las partes sabrán la decisión de los jueces.

III. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DEL SISTEMA ORAL

3.1. Objeto del contencioso administrativo

Conforme lo dispuesto en el artículo 217 numeral 1, 2, 3 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador, les corresponde a los jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos. Para ello, deben realizar un control de legalidad de actos, hechos, omisiones y contratos administrativos, así como del ejercicio de la potestad reglamentaria (actos normativos-reglamentos).

Entonces, los jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo tienes dos objetivos fundamentales, tutelas los derechos de las personas y realizar un control de legalidad de la actividad administrativa.

3.2. Tipos de acciones contencioso administrativas

El artículo 326 numeral 1 y 4 literales d) y e) del COGEP contienen las acciones o demandas que se puede plantear ante los jueces de lo contencioso administrativo y que son aplicables a la contratación pública y son las siguientes:

- La de plena jurisdicción o subjetiva
- La acción por controversias en materia de contratación pública.

---

2 VERGARA QUINTERO, L., "Oralidad en los procesos contencioso administrativo. Experiencia en Colombia", AA.VV. (Coor. C. Ramírez), en Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2015, p. 121.

- La de nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley.

Cada una de ellas será analizada detalladamente a continuación:

3.2.1. La acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva

La jurisprudencia ecuatoriana[3] ha sostenido que la acción de plena jurisdicción o subjetiva, procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular que inciden sobre un derecho subjetivo referentes a personas individualizadas y determinadas. Esta demanda, se encuentra en íntima relación con un derecho subjetivo, protegiendo a uno o varios individuos, afectando primordialmente bienes económicos, profesionales, patrimoniales, etc., decidiendo acerca de la validez del acto administrativo, las indemnizaciones y demás reclamaciones generadas por la lesión que causó el acto administrativo. Se busca exigir alguna acción o cosa a la Administración Pública

Es decir, si un acto administrativo ha sido emitido contrariando la juridicidad y lesionando derechos, la pretensión será que se elimine de la vida jurídica ese acto administrativo ilegal o con vicios graves de nulidad de pleno derecho.

Los vicios que causan la nulidad de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son la falta de motivación; los que lesionen de forma ilegítima los derechos y libertades consagrados en la Constitución de la República; los dictados por órgano incompetente en razón de la materia, del tiempo o del territorio; los que tengan un contenido materialmente imposible; los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no; los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; aquellos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; y, los actos que tengan por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.

La acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva es muy común en la contratación pública como por ejemplo en los siguientes casos:

- Cuando se atacan los actos administrativos de terminación unilateral de contrato por incumplimiento del contratista; quiebra o insolvencia del contratista; si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley, entre otros[4]. Como consecuencia de esta decisión, la ley ha establecido como sanción de que la

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1379. (Quito, 10 de enero de 1996)

4 Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

entidad contratante deberá comunicar dicha decisión al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y le solicitará que inscriba al contratista como incumplido con lo cual, durante el plazo de 5 años no podrá celebrar contratos con órganos del sector público.[5]

Es importante que antes de tomar esta decisión, las entidades contratantes cumplan con las garantías del debido proceso, es decir, deben respetar el procedimiento previo establecido en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública[6] y deben motivar de manera suficiente esa decisión ya que, si los contratistas llegaren a ganar el juicio, a más de que se declare por parte de los jueces la nulidad del acto administrativo que contenga la decisión de terminar unilateralmente el contrato, se suele disponer que se paguen los valores adeudados, los daños y perjuicios causados por la suspensión y prohibición de contratar con el Estado, los intereses causados, todo esto, calculado por el tiempo que duró el proceso que con el sistema escrito era de tres a cinco años, lo cual hace que el Estado tenga que pagar grandes cantidades de dinero.

- Cuando se atacan actos administrativos de adjudicación de contratos por alguno de los oferentes que no ganó (terceros).
- Por actos administrativos de suspensión del Registro Único de Proveedores RUP, por no actualizar la información requerida[7] o en el caso de los consultores, si sus estudios causaren perjuicios técnicos o económicos al Estado[8].

El término de caducidad en este tipo de acciones, conforme lo dispuesto en el artículo 326 numeral 1 del COGEP, es de noventa días contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto administrativo impugnado.

---

5 Art. 19.1 y 95 de la LOSNCP.

6 Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: "Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.
Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley. ( )
La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.
La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar. ( ).".

7 Art. 19.2 de la LOSNCP.

8 Art. 19.3 y Art. 100 segundo y tercer inciso de la LOSNCP.

En este punto, hay que destacar que el artículo 330 del COGEP, implementó un avance y contribución al derecho constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva, y les otorgó a los jueces contencioso administrativos la medida de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida. Esta medida podrá motivadamente revocarse en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron. Para solicitar dicha medida, no es necesario de una caución.

En la contratación pública esta medida es muy importante ya que por ejemplo, en los casos de terminación unilateral de contratos, en los cuales se dispone como sanción el registro como contratista incumplido y la prohibición de contratar con el Estado durante cinco años, dicha sanción, a una empresa que durante muchos años se acostumbró a contratar con el Estado y para cumplir con sus obligaciones incrementó su personal y contrajo otro tipo de obligación, una sanción de éstas puede ser muy perjudicial en el caso de que no se haya originado por un incumplimiento suyo, sino de un abuso de poder.

Este perjuicio, si bien es cierto es reparado cuando al final del proceso se declara la nulidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato, que se deje sin efecto el registro como contratista incumplido y el pago de una indemnización por el tiempo que duró el juicio, hasta que termine el mismo, la empresa no tendrá nuevos ingresos para seguir pagando a sus trabajadores, sus obligaciones y será gravemente afectada.

Para evitar esto, la medida de suspensión de los efectos del acto puede ser muy útil ya que motivadamente se puede argumentar el pedido se suspensión del efecto del registro como contratista incumplido hasta que termine el proceso, y con eso, se puede evitar por un lado una afectación al contratista como juicios laborales y hasta la posible quiebra; y por otro lado, la reducción de indemnizaciones cuantiosas en el caso de que la entidad contratante pierda el juicio.

3.2.2. La acción por controversias en materia de contratación pública

La doctrina señala que la actividad de contratación de la Administración es controlada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción contractual; no solo del Estado sino de los particulares, porque puede ser instaurada tanto por uno como por otro[9].

En el caso del contratista, puede iniciar esta acción de manera directa, es decir, sin que haya un acto administrativo previo como sí lo debe haber en la acción de plena jurisdicción o subjetiva.

¿Por qué hay dos tipos de demandas para controversias en Contratación Pública entre la Administración Pública y los contratistas particulares?

Uno de los argumentos tiene que ver con la teoría de los actos separables y como ejemplo citaré jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia que ha declarado la improcedencia de la ac-

9 GÜECHA MEDINA, C., Derecho Procesal Administrativo, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 314.

ción contractual respecto a los actos precontractuales o separables señalando en sus palabras que:

> "...Y es que el acto separable tuvo origen en la necesidad procesal de permitir que personas ajenas a la relación contractual bilateral, como sería el caso de terceros que demostrasen tener interés en un contrato en proceso de celebración, pudieran ejercer acciones que antes les estaban vedadas. Y como la acción contractual había sido diseñada para que a través de ella se ventilaran solamente las controversias que se suscitaran entre las partes de un contrato, de ella quedan excluidos terceros interesados en la etapa contractual, Por tal razón, la jurisprudencia desarrolló la figura del acto separable, con el propósito de que estos se pudieran controvertir a través de otras acciones, diferentes a la contractual, para garantizar así el acceso al juez por parte de otras personas afectadas, y para asegurar la protección de los derechos que pudiera tener tales terceros."[10].

Esto criterio es plenamente aplicable a la realidad ecuatoriana, por ello es que señalé como ejemplo de terceros que pueden plantear la acción de plena jurisdicción o subjetiva, a los oferentes que no fueron adjudicados el contrato y que su criterio debían serlo.

Este tipo de acción por controversias en materia de contratación pública o acción contractual se la propone por ejemplo en los siguientes casos:

- Cuando hay incumplimiento a lo establecido en las cláusulas del contrato. Por ejemplo, si el contratista entrega terminada una obra, firma el acta de entrega-recepción definitiva de la misma, se solicita a la entidad contratante el último pago y ésta nunca contesta ni le paga.
- La puede plantear la entidad contratante para pedir la reparación de daños y perjuicios cuando existan por ejemplo vicios redhibitorios[11] o vicios ocultos en la construcción de obras, por uso de malos materiales, por incumplimiento del contratista que provocaron paralización de la obras o servicios que causaron un perjuicio mayor al Estado.
- Se la puede plantear por el contratista para pedir la reparación de daños y perjuicios por alteraciones al equilibrio financiero del contrato producidos por el hecho del príncipe, circunstancias atribuibles a la Administración, el acto del legislador, es decir, circunstancias provenientes de la ley[12].

El plazo de caducidad de esta acción contractual o por controversias en materia de contratación pública, conforme lo establece el artículo 306 numeral 3 del COGEP es de cinco años. Dicha norma no establece desde cuándo se deben contar esos cinco años, razón por la cual, es necesario acudir a la jurisprudencia comparada misma que establece que el tiempo se contará desde que debió terminar la ejecución del contrato, cuando se concluya los trabajos de liquidación o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se lo hubiere efectuado[13].

---

10 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 06 de 1990, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

11

12 GÜECHA MEDINA, C., Derecho Procesal Administrativo, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 328.

13 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera: Sala Plena. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 15 de octubre de 1999. Expediente No. 10929. Radicación No. 1999-10929. Asunto: Acción Contractual. Demandante: Sociedad Bustamante Cárdenas Ltda.

3.2.3. La de nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley

La acción por nulidad de contrato se diferencia de las otras dos ya que en principio se establece que la misma solo puede ser propuesta por el Procurador General del Estado[14].

En el artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece como causas de nulidad por ejemplo:

- Por haberse prescindido de los procedimientos de contratación y las solemnidades legalmente establecidas;

- Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

La ley establece que el Procurador General del Estado, tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

El plazo de caducidad para esta acción, al ser materia contractual, es el mismo de cinco años, establecido en el artículo 306 numeral 3 del COGEP con las explicaciones que se dieron en el anterior numeral.

3.3. Desarrollo del proceso contencioso administrativo a la luz del sistema oral.

El artículo 327 del COGEP dispone que todas las acciones contencioso administrativas, se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario. Entonces las acciones contencioso administrativas expuestas se tramitarán con el procedimiento ordinario, es decir, los pasos a seguir serán la presentación de la demanda, la contestación de la misma, audiencia preliminar, audiencia de juicio y notificación con la sentencia escrita.

Presentada la demanda dentro del tiempo de caducidad expuesto anteriormente, es necesario señalar que la implementación de la oralidad estableció nuevos requisitos a los actos de proposición como por ejemplo, conforme el artículo 142 numeral 7 y 143 numeral 5 del COGEP, la demanda deberá contener el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Este anuncio de los medios de prueba no solo consiste en enumerar las pruebas sino es explicar pertinencia, utilidad y conducencia de las mismas, es decir, explicar cómo esas pruebas me sirven para demostrar los hechos que estoy alegando. En el caso de requerir una diligencia como la inspección judicial, se debe especificar el lugar donde se realizará la misma y qué pretendo demostrar con eso. Si no se tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

Además de hacer el anuncio de las pruebas, se dispone que se debe acompañar todos los medios probatorios que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda

14 Art. 326 numeral 4 literal d) del COGEP y Art. 65 de la LOSNCP.

la información que sea necesaria para su actuación. En los juicios contencioso administrativos, conforme lo dispuesto en el artículo 308 del COGEP además de los requisitos establecido en el artículo 142, se debe adjuntar una copia del acto o contrato administrativo impugnado.

Con respecto a la prueba en los procesos contencioso administrativos, hay que señalar que conforme lo dispuesto en el artículo 310 del COGEP, son admisibles todos los medios de prueba, excepto las declaraciones de parte de los servidores públicos, quienes deberán responder mediante informes por escrito. La justificación de esto a mi criterio es que, por ejemplo un Superintendente, Gerente de una empresa pública, o cualquier máxima autoridad, no puede pasar en los tribunales en los interrogatorios y contrainterrogatorios que se le formulen, dentro de la gran cantidad de juicios que se plantean en contra de las instituciones públicas, lo cual puede afectar al normal y eficiente funcionamiento de la Administración Pública.

La parte demandada tendrá treinta días para presentar su contestación a la demanda. Este término se contará desde que se practicó la última citación.

Posteriormente la parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, la veracidad de los hechos alegados en la demanda y la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega. Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora[15].

En la contestación a la demanda también se deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación. Se acompañará también toda la prueba con que se cuente en ese momento así como en la demanda.[16].

Se establece de manera especial que si el demandado es una entidad contratante del sector público, con la contestación a la demanda deberá adjuntar copia certificada del acto o contrato administrativo que se impugne, y todo el expediente administrativo original del asunto que se litiga[17].

En el caso de que no existe reconvención y contestación a la misma, en el término de tres días posteriores al vencimiento del término para contestar la demanda, los jueces convocarán a la audiencia preliminar en un término no menor a diez ni mayor a veinte días[18]. El desarrollo de la audiencia preliminar, consta entre otros, de los siguientes momentos[19]:

- Validez del proceso y resolución de las excepciones. (Por ejemplo incompetencia de los jueces contencioso administrativos, lo cual en controversias por contratos administrativos es muy común y que se pretende señalar que los competentes son los jueces civiles como en el tema de los contratos de seguros)
- Exposición de los fundamentos de la demanda y contestación.

15 Art. 151 del COGEP.
16 Art. 152 del COGEP
17 Art. 309 del COGEP.
18 Art. 292 del COGEP.
19 Art. 294 del COGEP.

- Fijación del objeto del litigio. (Por ejemplo el objeto del litigio puede ver: hacer un control de legalidad del acto administrativo que contienen la terminación unilateral del contrato No. Xx suscrito por xx; verificar si hay un incumplimiento a las cláusulas del contrato, por la supuesta falta de pago por parte de la entidad contratante, entre otros).
- Exposición de la resolución sobre la admisibilidad de la prueba. (Se fundamentan las pruebas solicitadas y adjuntadas en la demanda, mismas que en contratación pública pueden ser las comunicaciones entre el contratista y la entidad contratante, actas de entrega-recepción provisional y definitiva de la obra, órdenes de trabajo, planillas, informes periciales, se puede a analizar la procedencia y necesidad de que se realice una inspección judicial en la obra para determinar su estado, entre otros).
- En la misma audiencia se señalará la fecha de la audiencia de juicio.

Es importante mencionar que al final de cada uno de estos momentos, los jueces dictarán autos interlocutorios[20] de manera oral, mediante los cuales resolverán los mismos y dicha decisión será comunicada a las partes en la audiencia. Por ello es que a esta audiencia se la conoce como de saneamiento y admisibilidad de la prueba.

La audiencia de juicio deberá realizarse en un término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar. Esta audiencia consta de los siguientes momentos[21]:

- Lectura del acta de audiencia preliminar
- Exposición de alegatos iniciales (Ej.: En esta audiencia demostraré la legalidad y validez del acto administrativo impugnado mediante el cual se decidió terminar unilateralmente el contrato; en esta audiencia demostraré los daños y perjuicios causados por el contratista al Estado por los vicios ocultos en la construcción de la obra).
- Práctica de la prueba (Ej.: En este momento los peritos expondrán sus informes periciales; las partes leerán la parte permitente de los documentos probatorios admitidos, entre otros).
- Exposición de alegatos finales
- Exposición de manera oral de la decisión de fondo de los jueces.

La sentencia motivada por escrito se notificará en el término de hasta diez días posteriores a la audiencia de juicio[22].

IV. CONSIDERACIONES FINALES

- Con la implementación de la oralidad en los procesos contencioso administrativos, se ha logrado resolver uno de los problemas más graves que eran la extrema lentitud con que se sustanciaban y la cantidad de incidentes que impedían su avance. Un juicio contencioso administrativo

20 El inciso tercero del artículo 88 del COGEP señala que: "El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento."

21 Art. 297 del COGEP.

22 Art. 93 del COGEP.

demoraba ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de tres años a cinco años. En la actualidad, dependiendo de la complejidad del proceso, dura aproximadamente seis meses.

Sin embargo, se critica que por cumplir los cortos tiempos establecidos en la nueva normativa procesal, se afecte el razonamiento y reflexión que deben tener los jueces al resolver temas complejos como son las controversias en contratos administrativos, algunos de mega obras y en los cuales están inmersos gran cantidad de recursos públicos.

- Una de las pruebas de común uno en los procesos contencioso administrativos derivados de temas contractuales es la prueba pericial, misma de debe ser expuesta por el perito en la audiencia de juicio y para que las partes puedan desacreditar dicho peritajes, realizar un correcto interrogatorio y contra interrogatorio, deberán acudir con su propio perito y esas audiencias duran mucho tiempo, lo cual aumentará los costos de honorarios de los peritos y es un perjuicio para las partes.
- Hay que destacar el aporte en la modernización del sistema judicial con la implementación de la oralidad en los procesos contencioso administrativos, lo cual conlleva una implementación de infraestructura para la realización adecuada de las audiencias, capacitación en juicios orales de los jueces, transparencia en la toma de decisiones, agilidad en la sustanciación del proceso lo cual son pasos importantes para garantizar el derecho de la tutela judicial efectiva.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).
- Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador (Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009).
- Código Orgánico General de Procesos (Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de mayo de 2015).
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 06 de 1990, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera: Sala Plena. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 15 de octubre de 1999. Expediente No. 10929. Radicación No. 1999-10929. Asunto: Acción Contractual. Demandante: Sociedad Bustamante Cárdenas Ltda.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1379. (Quito, 10 de enero de 1996).
- GÜECHA MEDINA, C., Derecho Procesal Administrativo, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- VERGARA QUINTERO, L., “Oralidad en los procesos contencioso administrativo. Experiencia en Colombia”, AA.VV. (Coor. C. Ramírez), en Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2015.

LEGÍTIMO ABONO EN CASOS DE "INEXISTENCIA" DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Lucía Mercedes Zérbola
Especialización en Derecho Administrativo
Universidad Nacional del Comahue (Arg)

En Argentina, sucede muy a menudo, que en los contratos que se celebran entre la Administración Pública y contratantes (proveedores, empresas de prestación de servicios, etc.) lo son por un período de tiempo determinado, cumplido el cual, la gestión en turno no alcanza muchas veces por razones no sólo materiales, sino por el tiempo que insume en general, a tramitar un nuevo expediente de contratación administrativa. Por ello, se incurre habitualmente en la práctica de continuar con la contratista que había desarrollado las tareas hasta el momento, comprometiéndose la Administración a tramitar el nuevo expediente de contratación y a abonar los servicios prestados desde la finalización de la vigencia del contrato y durante el tiempo que desarrolle tareas sin que se apruebe el nuevo contrato administrativo.

Así se comienza a perfilar una situación que conforme al derecho vigente es atípica, y además contraria a la regla general en materia de contrataciones públicas (licitación pública). Entonces, tal como lo han advertido muchos juristas, "(…) La licitación pública no es más —si es que alguna vez lo fue— la regla general en el sistema de compras y contrataciones del Estado nacional." [1] Con lo cual, se confirma que en los tiempos que corren, la regla es la contratación directa.

La normativa vigente en materia de contratación pública, en el ámbito Nacional, se encuentra compuesta por el Decreto delegado N° 1023/2001 y su Decreto Reglamentario N° 1030/2016.

En la Provincia del Neuquén, rige la Ley N° 2141 y su Decreto Reglamentario N° 2758/95.

Es que en casos concretos en los que debe hacerse uso de la figura del legítimo abono en derecho administrativo, surge evidente que es probable que hubiera existido previamente un contrato administrativo en plena vigencia y no se renovó con anterioridad a su vencimiento (falta de previsión imputable a la Administración). Es decir, la figura del "legítimo abono" en el Derecho Administrativo Argentino, es una consecuencia directa de la necesidad de contar con la continuidad de determinados bienes o servicios que presta una empresa proveedora del Estado, que a raíz de una problemática estructural y de prácticas de la administración de la cosa pública que no se han

1 AGUSTÍN GARCÍA SANZ, "Licitación Pública v. contratación directa: ¿La batalla perdida?"- Tomo VII-Sección V- Capítulo XXV, En: GORDILLO, AGUSTÍN, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas" -Tomo 7, El derecho administrativo en la práctica (Dirección: Marcelo A. Bruno dos Santos) 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013.

modificado en el transcurso de los años, permite al Estado continuar con la prestación en forma regular de esos bienes o servicios y a su vez, retribuye sin violar el derecho de propiedad ni el de igualdad (arts. 17 y 16 C.N .) al contratista quien de otro modo se vería perjudicado sin fundamentos, viéndose la Administración en una situación de ventaja, que consolidaría un supuesto de "enriquecimiento sin causa".

Así es que el instituto que se perfila como solución a la situación de contratos administrativos que no se encuentran vigentes, es justamente el legítimo abono.

Entonces, qué es el legítimo abono?

Por él se entiende al "Acto Administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor de Estado cuando no existe un contrato válido que pueda servir de fundamento del referido desplazamiento patrimonial –en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente– pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa".[2]

La Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires ha dicho: "el instituto no tiene por objeto reparar el perjuicio sufrido por el empobrecido sino restablecer el equilibrio patrimonial alterado a raíz de un movimiento de valores jurídicamente injustificado y que no tiene límites precisos no pudiendo exceder su importe del efectivo desmedro del empobrecido ni ser mayor que el enriquecimiento logrado por la parte contraria (estando siempre sometido al límite menor) (Dictamen PG N° 68627) del 17(12(2008).

Pero, ¿cómo se hace efectivo el pago de los bienes entregados o servicios prestados por el contratista a la Administración en cuestión?, es decir, ¿cuál es el mecanismo mediante el que se procede a efectivizar el pago al proveedor?

Así es que debe de procederse al reclamo del abono de los mismos, por parte interesada (apoderado de la empresa o el propio proveedor si es una persona física) en sede administrativa, y en caso de ser denegada, total o parcialmente, se habilita la correspondiente acción judicial en el fuero Procesal Administrativo.

Se da entonces inicio a la tramitación de la instancia administrativa, solicitando el abono de los servicios prestados o bienes entregados. Aquí es evidente que debe de existir documentación que permita al reclamante (contratista/proveedor Estatal) probar que efectivamente realizó aquellos trabajos o que entregó los bienes por los que ahora reclama el abono.

Resulta necesario, además de la Factura detallando concepto facturado y período correspondiente, el remito (cuando se trate de bienes) o la certificación de servicios (en casos por ejemplo de transporte escolar). Habiéndose agregado estos extremos, con la Factura, el Estado se encuentra en condiciones de proceder a reconocer los servicios prestados (o los bienes entregados) a efectos de afrontar su abono si la partida presupuestaria lo permite.

---

2 MARCHETTI, LUCIANO "¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido", en El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho, 2005. P. 706..

Suele presentarse la situación en la que no puede procederse al abono de lo facturado, que es lo adeudado al contratista, en virtud de que al no contarse con un contrato administrativo, se hace difícil que, habiendo sorteado los controles impuestos por determinados organismos que se encargan de controlar la economía del Estado (como Hacienda o equivalentes) se pueda presupuestar la erogación a realizar en el presupuesto vigente del año en cuestión.

Es así que una vez reconocidos los servicios o los bienes es imprescindible la existencia de crédito presupuestario suficiente a efectos de hacer frente a la erogación que se reclama. En caso de existir fondos, se procede al abono de lo reconocido por el mecanismo interno que prevea el organismo del cual emerge el acto administrativo que reconoce y ordena proceder a abonar la suma x de dinero al proveedor (Direcciones de Contaduría y Presupuesto, Tesorería, etc.)

Ahora, el problema se suscita cuando los servicios prestados o los bienes entregados no son reconocidos, por ejemplo por declararse nulo el contrato por vicio en la forma, o cuando el proveedor reclama intereses por la demora en el pago por parte de la Administración cuando los mismos no se encuentran pactados dada la inexistencia de contrato.

Así es que debe procederse al análisis de cada caso en concreto, teniendo en cuenta los lineamientos sentados por la CSJN en los precedentes: "Ingeniería Omega" en el que se dejó sentado que en casos de contrataciones en las que se incumplan formalidades esenciales que hacen a la existencia misma del contrato, determina en consecuencia su nulidad, y a por ende no debe de procederse a abonar a la contratista por los "servicios prestados". Así, se dijo en ese leading case: "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta"

En dicha oportunidad, aun cuando se hubiese apelado al "enriquecimiento sin causa del Estado" para reclamar el reconocimiento de los servicios prestados y su consiguiente abono, no se demostró fehacientemente la existencia del perjuicio del contratista en relación desproporcionada al beneficio que hubiese obtenido la Administración de dichos servicios.

Por otro lado, se puede dar en concreto el caso en el que como se dijo supra, la accionante, proveedora del Estado demande por reajuste monetario e intereses generados a raíz de que se le abonaron las facturas en un plazo posterior al previsto en el contrato no vigente a la fecha de prestación de servicios.

Así es que, al respecto, dijo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo: "La Jirafa Azul S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso Administrativa" (14/12/2005): "El Reglamento de Contrataciones, en su Capítulo II, art. 22 (t. o. dec. 1953/1991) vigente a la fecha de presentación de las facturas arriba individualizadas establecía respecto de la mora que, si vencido el plazo contractual de pago no se hubiera procedido a la cancelación de la obligación, se liquidaría desde el día siguiente y hasta el día de pago o puesta a disposición de

los fondos el interés punitorio fijado en dicho artículo. Mas huelga reiterar que al momento de los hechos había cesado la contratación que vinculara a las partes; por lo tanto, ningún plazo contractual de pago regía en la especie. En consecuencia, y frente a tal ausencia de previsión jurídica que rija la solución del caso concreto, compete al Tribunal —recurriendo a criterios orientadores que emanen del ordenamiento jurídico— juzgar la razonabilidad del actuar administrativo (conf. causa B. 58.764, ya citada).

De las constancias ya referidas ha quedado acreditado que la relación temporal entre el vencimiento de las facturas cuestionadas y su respectivo pago es la siguiente: la factura N° 6514 tenía un cobro previsto para el día 21 de noviembre de 1990; la factura N° 7044 vencía a su vez el 28 de noviembre del mismo año; y, finalmente la factura N° 7043 debería haber sido cancelada en la fecha del 30 de noviembre de 1990. Sin perjuicio de ello, las tres facturas fueron abonadas el día 27 de diciembre de 1990.

(…) Al respecto cabe acotar, que no surge del examen de los cuerpos administrativos agregados a estos autos sin acumular, ni de la demás prueba producida, acreditación alguna en los presentes autos que permita afirmar la existencia de notificación fehaciente a la actora de esta posibilidad antedatada de cobro por parte de la Administración. Por consiguiente no cabe sino inferir que la empresa prestataria del servicio alimentario no pudo razonablemente estar en conocimiento de la disposición del importe el día 21 de diciembre de 1990. De tal forma, cabe concluir que debe tomarse la fecha del efectivo pago como límite final para el cómputo del período moratorio, a los efectos de calcular tanto los intereses como el reajuste por depreciación monetaria."

A mayor abundamiento, en el ámbito administrativo son importantes los precedentes que sienta en esa materia la Procuración General del Tesoro de la Nación, particularmente para organismos dependientes de ella directa o indirectamente, y que están en cierto modo "obligados" a seguir el criterio sentado por la misma, en el ámbito Nacional. En el orden Provincial, el acatamiento es relativo y tiene que ver con la autoridad que reviste el organismo del que emanan dichos Dictamenes más que una imposición normativa dado que cada Provincia posee sus propias normativas y la dinámica jurídica hace que quizás la interpretación y aplicación Provincial difiera de la Nacional. Así, la PTN ha dicho en su Dictamen N° 93/2008 del 22 de Mayo de 2008: referido al legítimo abono sustentado en evitar incurrir en enriquecimiento ilícito: "Sobre la base del cumplimiento de la prestación por parte de la adjudicataria y su aceptación de conformidad (por la Prefectura Naval Argentina,) *resulta pertinente el reconocimiento de legítimo abono de la suma por tal concepto, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. Ello así, ya que se encuentran reunidos los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción in rem verso, enriquecimiento de un parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil (nacida de un contrato o de la ley para remediar el perjuicio*."

En el caso particular de la ciudad donde resido, Neuquén Capital, al no encontrarse encuadrado en ninguna de las formas de contratación admitidas por la normativa vigente, al igual que en el ámbito Nacional, a efectos de poder reconocer servicios y proceder a la figura del legítimo abono, la cual debe ser excepcional, se procede a la autorización y aprobación de los pagos a realizar, que en definitiva se constituyen en erogaciones públicas a realizar que deben estar justificadas y

por ello corresponde la intervención de los servicios jurídicos permanentes de los organismos en los cuales deba de procederse al abono mediante esta figura atípica.

Así es que en caso de proceder al legítimo abono se debe de analizar en primer lugar si el organismo del cual debe originarse el pago posee autonomía a efectos de administrar su propio presupuesto y en su caso puede emitir la norma legal necesaria a efectos de autorizar el legítimo abono, o en caso contrario analizar de qué organismo depende y en dicho supuesto remitirlo a él a efectos no sólo de dictaminar sino de emitir la norma legal en caso de autorizar el pago.

Por otro lado, deben de intervenir los sectores de Presupuestos y Finanzas o equivalentes, los que se encargan de corroborar la existencia de crédito presupuestario suficiente a efectos de incurrir en la erogación en cuestión.

En el ámbito local, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén ha dicho: refiriéndose a la implicancia del legítimo abono: "(…) apartamiento de las normas, controles y garantías establecidas en la legislación para la celebración de los contratos administrativos referidos a la adquisición de bienes y servicios (…) ante supuestos en que –por razones de urgencia, etc.– se hayan adquirido bienes o servicios, lo cierto es que correspondería afrontar el costo de los mismos, caso contrario implicaría un enriquecimiento indebido por parte del Estado y una repercusión negativa en quien prestó los servicios o proveyó los bienes" (E/A: MALDONADO, Luis C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN Y PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" 23/02/2011- Fallo N° 4/11).

Habiendo realizado algunas aproximaciones –y descartada la existencia de contrato administrativo– es preciso determinar, los fundamentos por los cuales la Administración podría eventualmente reconocer el derecho de cobro de los trabajos realizados.

En este sentido, en cuanto no ha existido contratación en ningún caso, sólo podría analizarse la petición de cancelación de los supuestos trabajos efectuados acudiendo a la doctrina del enriquecimiento sin causa, que encuentra su fundamento en un principio ético a partir del cual nadie siquiera el Estado no tratándose de una carga pública -se encuentra habilitado para obtener una ventaja patrimonial que no se conforme a la justicia ya la equidad.

"Tenemos entonces que los requisitos para que proceda el enriquecimiento sin causa quedarán conformados a partir de la existencia del enriquecimiento de una parte el empobrecimiento de la contraria una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento entrelazado todo ello por la inexistencia de una causa la cita que justifique el enriquecimiento de uno y el correlativo empobrecimiento del otro (...) En este sentido la cuestión debe ser relacionada con el doble límite cuantitativo propio del enriquecimiento sin causa desde que puede exceder el enriquecimiento del demandado ni tampoco el empobrecimiento del accionante (..) No se admite que la medida de la restitución sea la misma que si hubiese habido contrato, sino que (..) sólo tiende a indemnizar al particular el daño sufrido (empobrecimiento efectivo), pues quien contrata con la Administración tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo (…) el empobrecimiento efectivo de la actora está dado por el precio de costo de la mercadería en cuestión." e/a: "REY MIDAS SRL C/INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO

DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" -Expte. N° 869/03, Acuerdo N° 1.587 del 2.009. Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.

Es decir que, previo al eventual reconocimiento de algún derecho a favor del reclamante debería acreditarse la efectiva prestación de los trabajos (que es la medida del enriquecimiento de la Administración), y en segundo lugar la medida del empobrecimiento de la empresa.

Para concluir, es cierto que si bien este procedimiento no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico se acepta su utilización como régimen excepcional para el pago de bienes y servicios sin que exista un amparo contractual que habilite la erogación.

En resguardo de la seguridad jurídica, este instituto ha de ser de interpretación y aplicación restrictiva ya que implica "un apartamiento de las norma, controles y garantías establecidos en la legislación para la celebración de los contratos administrativos referidos a la adquisición de bienes y servicios (..) ante supuestos en que –por razones de urgencia etc– se hayan adquirido bienes o servicios lo cierto es que corresponde afrontar el costo de los mismos– caso contrario implicaría un enriquecimiento indebido por parte del Estado y una repercusión negativa en quien prestó los servicios o proveyó los bienes..." E/A: MALDONADO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN Y PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA". Sentencia de fecha 23/02/2011 - FALLO N° 4/11- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén.

Queda entonces en manos de los organismos de la Administración Pública Central y Descentralizada, en los que recaigan estas problemáticas, distinguir cuando la forma en un contrato administrativo es esencial (es decir hace a su existencia o nulidad) , y a su vez hasta donde se puede hacer primar el exceso de formalismo, frente al derecho del contratista a ser retribuido por las prestaciones brindadas, evitando así conculcar derechos de raigambre constitucional, teniendo en cuenta que la figura de legítimo abono debe de ser utilizada en forma **EXCEPCIONAL y RESTRICTIVA.**

“ALGUNAS CONSIDERACIONES ENTORNO AL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CO-CONTRATANTE DE LA ADMINISTRACIÓN”

Huerta, Luisina Viviana
Aspirante a Adscripta en Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Rosario
lhuerta@academiadederecho.com

Resumen:

El presente trabajo tiene por objeto hacer un breve análisis de lo regulado actualmente en el Derecho Argentino respecto del proceso de selección del co-contratante en los procesos de licitación pública. La finalidad del mismo consiste en exponer de qué manera influye en el proceso licitatorio la redacción de los pliegos y bases de condiciones y que carencias evidencia en la práctica diaria de la administración la redacción de los Pliegos.

En rigor de verdad, aún queda camino por recorrer en lo que respecta a las posibilidades de búsqueda por parte de la Administración Pública de alternativas que fomenten el máximo esfuerzo para evitar el ingreso de la corrupción en la redacción de los Pliegos; momento previo a la Oferta en los procesos licitatorios; de manera tal de poder incluir a la mayor cantidad de oferentes, cumpliendo con los principios de transparencia y publicidad.

Abstract:

This paper aims to make a brief analysis of what is currently regulated in Argentine Law regarding the process of selection of the co-contractor in public bidding processes. The purpose of this document is to explain how the drafting of the bidding documents and bases of conditions influences the bidding process and that deficiencies in the day-to-day practice of the administration show the drafting of the bidding documents.
In fact, there is still a way to go in terms of the possibilities for the Public Administration to search for alternatives that encourage maximum effort to avoid the entry of corruption into the drafting of the Bidding Documents; Prior to bidding in bidding processes; So as to include the largest number of bidders, complying with the principles of transparency and publicity.

Palabras Claves: Licitación Pública – Pliego de Bases y Condiciones – Políticas Públicas contra la corrupción.

Key Words: Public tender- Statement of terms and conditions - Public Policies against Corruption.

Introducción

La Licitación Pública[1] es, en la legislación argentina, el procedimiento de principio para la contratación en la administración pública. Así lo establecen la ley de obras públicas 13.064 y el reglamento de contrataciones del Estado.

Es más, hay autores que consideran que la propia constitución Nacional la exigiría como principio. Para el derecho positivo la licitación es de principio y sólo se puede hacer dispensa de ella por expresa previsión legal; cuando es requerida por la norma, es requisito de existencia de la contratación. Así, la Corte Suprema sostuvo que "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. La Corte refiere, así, a la categoría del acto inexistente como sanción a la contratación sin licitación pública.

Lo demás son disquisiciones parecidas al servicio público: lo que a cada autor le gustaría que fuere el derecho positivo. A su vez, muchas constituciones provinciales la exigen, a veces en forma terminante

En cuanto al derecho comparado, la requieren las normas de la mayor parte de los organismos internacionales y también las de la comunidad europea. La cual por lo demás tiende "a una unificación de los marcos jurídicos de los Estados miembros" en lo referente a esta materia.

Del mismo modo en Brasil, el artículo 37 inc. XXI de la Constitución de 1998 la requiere, salvo las excepciones que establezca la legislación. La regla es claramente la misma en el derecho uruguayo. Hay un juego de palabras en quienes sostienen que la licitación sólo es exigible cuando las normas la imponen, pues en todo caso efectivamente las normas la imponen. Desde luego que la norma general reconoce excepciones.

En relación a la corriente doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que el principio es la libertad de contratación salvo cuando la legislación impone lo contrario es una discusión similar a la del servicio público. No se trata de hallar la esencia de las cosas por alguna intuición o postulación ex cátedra, sino de indagar cómo está resuelto el problema den el derecho positivo y a partir de allí construir un sistema explicativo del orden jurídico. Y desde ese punto de vista no hay dudas que todas las normas de nuestro país exigen como regla la licitación pública, que cabe entonces interpretarla como requisito general, claro que sujeta a las numerosas excepciones que en cada caso autoriza la legislación. Donde no existe la excepción, retoma su aplicación la regla.

Hasta el advenimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), el procedimiento de la licitación pública era una materia reglada con sólo algunas normas básicas en la legislación, pero en que el grueso de la regulación provenía de las propias bases de la licitación hechas por la misma administración licitante y demás normas que ella misma dictaba, Lamentablemente, no ha cambiado, a pesar del carácter frecuentemente arbitrario de tales reglamentaciones. Es que en ocasiones la administración encuentra que el mejor modo de hacer libremente

1 www.gordillo.com

su voluntad e predeterminando ella misma el camino que quiere seguir, con lo cual puede luego alegar que se imita a cumplir la norma cuando en realidad está haciendo su voluntad discrecional disfrazada de norma propia.

Por ello, lo fundamental no es el cumplimiento de la forma, sino de la sustancia: publicidad adecuada, máxima concurrencia de ofertas, mejor comparación, precio y oferta más conveniente, equilibrio contractual, precios razonables de mercado, control público, etc. conviene tener presente el orden jerárquico de las normas y principios jurídico (v.g. constitucional y supraconstitucional de razonabilidad), que ni debe estar ausencia de análisis de una norma licitatoria (también los principios supraconstitucionales de publicidad o transparencia, equidad y eficiencia que impone la CICC). En este último aspecto, pues, la contratación pública en general y dentro de ella la licitación pública es un procedimiento administrativo que va recibiendo progresivas normas y principios supranacionales (la eficiencia y justicia para los usuarios) que son derecho federal interno, obligatorio también para las jurisdicciones principales y municipales.

Con relación al régimen de contrataciones de la administración Nacional, Argentina lo tiene regulado en el Decreto Nº 1023/2001, en cuyo artículo 7º prevé expresamente que; "las contrataciones se regirán por las disposiciones de este régimen, por su reglamentación, por las normas que se dicten e su consecuencia, por los Pliegos de Bases y Condiciones y por el contrato o la orden de compra según corresponda". Y a renglón seguido – en su artículo 8º – entiende que cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previa 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.

I. Las dificultades de la preparación del pliego y el contrato con especial referencia al Derecho Argentino

La preparación unilateral y reservada de los pliegos por la administración[2], sin previa publicidad ni posibilidad de conocimiento e intervención igualitaria de los futuros posibles oferentes para acercar al debate, en la etapa preparatoria, su mejor conocimiento de la realidad del mercado lleva a recuentes desconocimientos del medio hacia el cual planea lanzar su pedido de ofertas[3].

Ello a su vez no hace sino encarecer las ofertas si lo que se pide lleva condiciones innecesariamente onerosas o desventajosas para los oferentes, que al contrario no cumplen en realidad un fin práctico para la administración, o inciden en el precio más de lo que significan para el estado. Un ejemplo de esto es no incluir un mecanismo arbitral de solución rápida, imparcial y efectiva de controversias. Esto conlleva a desmejorar los precios de los oferentes, porque es mucho más caro tener que previsionar en el precio juicios que pueden durar una década o más para dirimir algún conflicto que pueda presentarse con el comitente.

---

2 DELPIAZZO, p. 165.

3 El artículo 8º del decreto 1023/01 y el artículo 32 del decreto 893/12 disponen, a juicio de la autoridad competente, la celebración de una etapa previa de consulta y formulación de observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares previo a su aprobación.

Eso es un costo que paga la administración innecesariamente el costo de que no haya una justicia eficiente y oportuna para resolver controversias y que el comitente tampoco incluya alternativas de resolución de conflictos. Otro costo que para la administración, en licitaciones complejas, es el de preparar unilateralmente el proyecto de contrato con el cual formalizar la relación con el adjudicatario, sin consultar posibles alternativas de interés para los oferentes antes de presentar sus ofertas

Lo arriba mencionado, ha aparejado como consecuencia que la administración desnaturalice el procedimiento y en ocasiones, luego de adjudicada la licitación se ponga a discutir los términos del contrato con el adjudicatario, lo cual es un verdadero dislate desde el punto de vista de la igualdad de los oferentes[4]. Toda variación que se introduzca en dicho documento contraria a lo previsto en el pleito es desde luego nula de nulidad absoluta. Para la visión del citado autor, también es nula, la cláusula que a veces introduce el liego de la licitación en el sentido de cuál habrá de ser el orden de prelación de las normas que integran el contrato. El orden de prelación es cuestión objetiva[5], no materia susceptible de decisión en más de un sentido. Debe comenzar por las normas de rango superior o más general, de las que no pueden apartarse las de rango inferior, en particular el instrumento mismo del contrato[6].

II. Sucinta mención a lo normado en el Derecho Comparado

Una importante característica común a las legislaciones nacionales[7] sobre compras públicas en América Latina es su reconocimiento expreso de los principios generales que rigen en la materia y que desarrollan cada vez más una decisiva función interpretativa.

Ante la enorme cantidad de normas legales y reglamentarias que en la actualidad regulan los contratos públicos, los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador.

En la ley de Panamá Nº 22, que rige la contratación pública, el artículo 16 recoge los principios generales y señala al efecto que "las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamentos en los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, debido proceso, publicidad, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, las normas del derecho administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley".

---

4 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que este principio de igualdad de los oferentes se aplica aún en los casos en que se haya presentado un solo oferente al proceso licitatorio. Fallos 316:382

5 La sujeción del Pliego a las normas de rango superior fue reconocida por la Corte Nacional al afirmar que "los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes" – El Rincón de los Artistas, Fallos, 326:3700, 2003).

6 Hoy el orden de prelación normativo se encuentra expresamente establecido en el artículo 7º del régimen de contrataciones de la administración nacional argentina, decreto 1023/01.

7 MORENO MOLINA J.A. Contratos Administrativos en Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano, Comares Editorial, Granada, 2015, ps. 315 y ss.

En el mismo sentido, la Ley 30225 de 2014, de Contrataciones del Estado del Perú, establece que los principios generales de los contratos públicos "sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente ley y su reglamento, y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones". Recoge la reciente ley peruana y define de forma amplia los principios generales en su artículo 2, que hace referencia a los principios de libertad de concurrencia, libre acceso y participación de proveedores, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, equidad y proporcionalidad.

En cuanto al Derecho Español, la norma más importante y alrededor de la cual gira todo el sistema jurídico de la contratación administrativa, es el Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido d la Ley de Contratos del Sector Público; en cuyo artículo primero declara que la Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, "a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa". Todo esto en concordancia con lo exigido por el Derecho de la Unión Europea de los contratos públicos, de forma destacada gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Además, es importante tener en cuenta la actual tendencia internacional hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que no sólo se aprecia claramente en el Derecho de la Unión Europea que afecta a España, sino que también se manifiesta con fuerza en importantes normas internacionales, cuyo principal objetivo consiste en asegurar el respeto de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la contratación pública: así ocurre con las disposiciones aprobadas por la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública) y por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley modelo sobre Compras Públicas).

En opinión de Agustín Gordillo, una forma de solucionar los graves inconvenientes en el caso concreto de Argentina[8], es introducir la publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato, como se hace por ejemplo, en los Estados Unidos: se indican los objetivos que se busca y se piden ideas acerca de su racionalidad o viabilidades y cómo concretarlos, sin aún pedir ofertas ni comparar precios, recién cuando la administración y los potenciales interesados están de acuerdo en la factibilidad y racionalidad del pliego, se piden las ofertas.

En las privatizaciones realizadas bajo la égida del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos se aplicó el sistema usualmente nominado por uno de sus componentes, el *Data Room*, banco o archivo de datos. En esencia esto consiste en que la administración prepara

8 www.gordillo.com

el pliego de la licitación y el contrato a celebrar y llama públicamente a los interesados, no todavía a presentar ofertas, sino a estudiar todos los datos de que ella dispone y proponer modificaciones o aclaraciones al pliego y al contrato. De este modo, todos los interesados, avisados por la publicación en el Boletín oficial, tienen oportunidad, en condiciones de igualdad y competitividad – de acercar sus sugerencias sobre la mejor forma de realizar el llamado y definir los términos y condiciones legales del contrato a celebrar y el ante proyecto técnico. En este mecanismo, pues, la competición entre los interesados comienza dese antes de la presentación de las ofertas, en la presentación de sugerencias para el contrato. Es un bueno modo de testear también el grado de interés y responsabilidad de los futuros oferentes.

En este orden de ideas, la administración a veces pide cosas que no son sensatas, o no constituyen una eficiente inversión de fondos públicos, o respecto de las cuales existen alternativas más baratas o pone requisitos y exigencias que encarecen el costo de la prestación sin un fundamento de costo-beneficio racional. Resulta menester permitir a los futuros oferentes ofrecer variantes, sea en el acto de la oferta o antes del llamado. Ocurre que también se da el caso de llamados indeterminados para pedir ideas sobre qué hacer en determinada materia, lo cual es preferible a la emisión unilateral e inconsulta de un liego que ya no admite discusión

Conclusión

A manera de colofón se puede afirmar que; todo lo referente a como debe ser la redacción de los pliegos de bases y condiciones en materia de contratación pública y que cláusulas deben incluir los mismos, se encuentra regulado en el derecho positivo a través de la normativa de los diferentes países mencionados.

En rigor de verdad, aún queda camino por recorrer en lo que respecta a las posibilidades de búsqueda por parte de la Administración Pública de alternativas que fomenten el máximo esfuerzo para evitar el ingreso de la corrupción en la redacción de los Pliegos; momento previo a la Oferta en los procesos licitatorios; de manera tal de poder incluir a la mayor cantidad de oferentes, cumpliendo con los principios de transparencia y publicidad.

De hecho, Argentina lo regula en el artículo 17º del Decreto 1023/2001 establece –como facultad de subsanación de deficiencias en cabeza de la administración– que el principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudendo alterar los principios de igualdad y transparencia.

Incluso, prevé la misma normativa, responsabilidad de los funcionarios en el caso de daños acaecidos por su culpa o dolo como consecuencia de autorizar, aprobar o gestionar las contrastaciones que causaren al Estado Nacional con motivo de las mismas.

En idéntica línea de pensamiento, como afirma el Dr. Moreno Molina[9], los principios deben aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos. Están

9 MORENO MOLINA J.A. *Contratos Administrativos* en Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano, Comares Editorial, Granada, 2015, ps. 315 y ss.

basados en las reglas nacionales de naturaleza constitucional y deben ser hoy el fundamento de todo el Derecho Público sobre contratos de las Administraciones Públicas. Los principios generales de la contratación pública se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

Resumidamente, en el caso particular de Argentina no sólo falta buscar posibilidades para mejorar que en la materialidad de los hechos no se infiltre la corrupción en la modalidad contractual producto de la forma en que están redactados los pliegos der bases y condiciones; sino además adecuar su normativa otorgándole a los ciudadanos las mismas potestades que se atribuye la Administración Pública –facultades anticorrupción y prerrogativas en el marco de todo el proceso licitatorio– por ser esto de un bueno gobierno.

LA REFORMA ESPAÑOLA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ÁMBITO Y NOCIÓN DE CONTRATO PÚBLICO.

Manuel Díaz Pérez
Universidad de Coruña - Ilustre Colegio de Abogados de Coruña

SUMARIO: I.- Introducción; II.-Exigencias a las que se debía dar respuesta; III.- El Proyecto de Reforma de la Ley de Contratos del Sector Público y los cambios en la noción y ámbito del contrato público; IV.- Conclusiones; V.- Bibliografía.

I. Introducción.

El planteamiento de estas jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano supone todo un reto para el jurista, quien se ve obligado a cambiar los términos de su *modus operandi* habitual. Se hace preciso un enfoque de categorías generales que permita efectuar el esfuerzo de la comparación y el trasvase de conceptos e ideas más allá del propio ordenamiento jurídico particular. Con tal vocación elaboro esta exposición al respecto de uno de los aspectos de la reforma de la Ley de Contratos del del Sector Público que, considero, más ajustado a los fines divulgativo-internacionales del foro que nos concita: el ámbito y noción de Contrato Público.

La preliminar y más visual aproximación al texto del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (En adelante, PLCSP), nos hace convenir con GIMENO FELIÚ[1] que el cuerpo normativo es *quizá, demasiado extenso, pues son 340 artículos y 40 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado). Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario. Este resultado es la consecuencia de la opción de tomar como punto de partida el actual TRLCSP de 2011, lo que puede haber impedido una mayor simplificación y claridad*.

Partiendo de un texto complejo, considero que uno de los elementos fundamentales y que implica una novedad sustancial con respecto al texto precedente, sobre el que a todas luces se ha construido la reforma, es el tratamiento que se da a la noción de contrato público. De esta forma, encontraremos como el dibujo que traza la norma es doble: se dibujan con mayor claridad los límites del contrato. Esta tarea se lleva a cabo, por una parte, a través de la modificación del ámbito

1 GIMENO FELIU J.M. *Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público.* OBCP (2017) http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.273/relcategoria.208/relmenu.3/chk.f521096161054268dba7b7637bf57c15

subjetivo; y, por otra, a través de la caracterización del contrato público, especialmente en lo que atañe a los elementos del contrato y al perímetro de su definición negativa.

Este proyecto de Ley de Contratos del sector público tiene su vocación principal en transponer al ordenamiento jurídico español, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Estas nuevas directivas reemplazan a las que se encuentran actualmente en vigencia que habían sido traspuestas, ya hace una década, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, refundida en 2011. Esta norma, de 2011, necesitaba ser remendada para ajustarse a las nuevas realidades y, especialmente, al cumplimiento de las exigencias internacionales y sociales a las que se debía dar respuesta. Por esta razón, se alumbra este nuevo proyecto normativo, que viene complementado por otra proposición de ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

II. Exigencias a las que se debía dar respuesta.

El PLCSP, tras las sucesivas modificaciones que se hubieron practicado sobre el anterior texto normativo, la realidad impera y el avance del contexto en que la norma se inserta exige su cambio para un mejor acomodo a las demandas que sobre ella se proyectan. Unas formales y otras intangibles. En primer plano, destaca, y así lo abordaremos, la obligación de dar cumplimiento a Directivas comunitarias de hace tres años. No obstante, de un modo secundario, los compromisos internacionales que derivan de la adhesión de España a determinadas Organizaciones internacionales determina, de un modo indirecto, que deban también satisfacerse determinados cánones normativos. Por último, el reclamo social al respecto es legislativamente audible.

A. Derecho Internacional.

El Derecho internacional, como ya hemos señalado, se proyecta sobre este ámbito del Derecho de una forma triple, tanto a través de la normativa de la Unión Europea, que debe ser traspuesta al ordenamiento jurídico de los Estados miembros; como de las normas de UNCITRAL (*United Nations Comitee for International Trade Law*), con las que éste se debe conciliar[2], así como las directrices y pactos derivados de Naciones Unidas y de la OCDE. (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico). Esta será la triple visión que integraremos en este nivel de análisis de la cuestión, puesto que se trata el paso previo, y necesario, para entender el sentido de la modificación que se produce en el ámbito de la contratación pública al respecto de los elementos que constituyen el objeto de la presente disertación.

En términos generales, encontramos dos caballos de batalla fundamentales, el adecuado funcionamiento de los mercados, sin desmerecer la necesaria dimensión social de los mismos, así como la lucha contra la corrupción.

---

2 Vid. DÍAZ PÉREZ, M. *Contratación Pública y Derecho Global: Reflexiones para la gobernanza.* Actas Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano (2015) https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2015/03/manuel-dc3a-daz-pc3a9rez.pdf

1. Directivas Comunitarias.

En la actualidad, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley, nos encontramos ante un panorama comunitario donde la contratación pública se encuentra *marcada por la denominada Estrategia Europa 2020,* (…) *puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos*.

Interesamos, particularmente la incorporación de las Directivas comunitarias, 2014/24/UE, sobre contratación pública, y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que carece de precedente en la normativa comunitaria.

La regulación que contiene el PLCSP encuentra su inspiración en objetivos de dos clases: de tipo material, o de fondo, y de Corte formal o procedimental. Los primeros son, como se menciona en la exposición, *lograr una mayor transparencia en la contratación pública, el de conseguir una mejor relación calidad-precio*, para lo cual se introducen previsiones normativas que facilitan que los órganos de contratación puedan otorgar prioridad *a la calidad, consideraciones medioambientales, aspectos sociales o a la innovación, sin olvidar el precio ni los costes del ciclo de vida del objeto de la licitación*. Formalmente, en segundo lugar, se evidencia la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las empresas de mediana y reducida dimensión, lo que contribuye a la generación de una mayor eficiencia en los medios de la Administración, que resultan útiles a otros fines.

2. Las recomendaciones de la OCDE[3].

La corrupción encuentra sus vías de penetración en los resortes del estado a través de la contratación pública, por ello, no resulta casual que, ésta, se encuentre como uno de los aspectos a abordar según la agenda de la OCDE. En particular, el Foro Global Anti Corrupción y por la Integridad (París, 2017) de este organismo ha abordado por incluir la contratación pública y la corrupción como uno de los elementos que les conciernen. Particularmente, la recomendaciones de la OCDE[4] afirman que la contratación pública es una de las aristas del Estado más vulnerables a la corrupción , por razón de lo alambicado de los procedimientos donde se relacionan autoridades públicas con empresarios y donde además, la cantidad de *stakeholders* e intereses que concurren adquiere dimensiones difíciles de gerenciar. Por lo tanto, los riesgos de perversión de los procedimientos de contratación pública necesitan ser enfocados desde una aproximación holística para combatir los riesgos concurrentes. Así, el enfoque debe comprender la contratación pública *in totum*, cobrando particular relevancia la toma en consideración tanto de las distintas fases en que el procedimiento se desarrolla ,como los aspectos más conceptuales que la norma contiene, de modo que no existan fisuras. Únicamente, con esta aproximación, los las medidas de transparencia como participarción, transparencia, digitalización, supervisión y control conseguirán el éxito deseado.

---

3 OCDE, *Preventing Corruption in Public Procurement.* OCDE Press, Paris (2016) http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-in-Public-Procurement-Brochure.pdf

4 OCDE, *Op. Cit.* p. 6

3. UNCITRAL.

Aunque los acuerdos de UNCITRAL, tal y como su nombre indica, hubieron nacido con una fuerte asociación al derecho mercantil, con el paso del tiempo y daba la relevancia que esta actividad económica supone, han integrado en su ámbito la contratación pública como uno de los objetos en los que debe progresar este ámbito del derecho global. Así, en el año 2011 UNCITRAL adoptó un modelo de normativa para la contratación pública, poniendo de manifiesto la necesidad de unificar conceptualmente las diferentes normas que concurren en multitud de ocasiones y que son aprovechadas torticeramente. Como señala DÍAZ PÉREZ[5], La operativa de este modelo asume que los sistemas de contratación pública presentan una serie de puntos críticos, que hacemos nuestros como criterios rectores de la gobernanza en este ámbito; a saber,

a) Generación de valor para el dinero;

b) Integridad y *accountability*;

c) Trato igualitario para los proveedores y,

d) Promoción del desarrollo social e industrial;

e) Verticalmente sobre ellos se proyectan los principios de transparencia y competencia.

B. Exigencias sociales.

Sin embargo, las tensiones políticas e institucionales, las exigencias sociales y otras realidades diversas que se proyectan sobre el legislador, han otorgado mayor fuerza a la necesidad imperiosa de reformar la Ley de los Contratos mencionados. Tal y como menciona el perfil nacional elaborado por la COMISIÓN[6], de acuerdo con el cual, la percepción de la corrupción es muy alta; se afirma, asimismo, que la ciudadanía percibe que el mal funcionamiento de las instituciones es uno de los grandes problemas de la Nación. Y, como señalábamos previamente, una de las vías por las que se introduce la corrupción en el seno de las Administraciones es la contratación.

Cuestión diferente será valorar si esta reforma realmente da respuesta a esas exigencias, perfeccionando la norma precedente; o si, por el contrario, se trata de una transposición de burda ejecución y que, en remiendo de males anteriores, abre nuevas vías para las malas prácticas. Esto será valorado en sede de conclusiones, sin perjuicio de ser insinuado sutilmente en la exposición.

III. El Proyecto de Reforma de la Ley de Contratos del Sector Público y los cambios en la noción y ámbito del contrato público.

Abordar un proyecto de reforma de una realidad jurídica tan compleja, como es la contratación pública, exige desmenuzar los planos en los que efectuamos el análisis del objeto de la presente disertación. En primer lugar, procederemos a delimitar positivamente el ámbito del contrato, tanto

5 DÍAZ PÉREZ, *Op. Cit.*

6 COMISIÓN EUROPEA, Public procurement – Study on administrative capacity in the EU; Spain Country Profile. http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/es.pdf

desde las particularidades objetivas como las subjetivas y, posteriormente, se efectuará la misma operación jurídica con las correlativas en negativo. Metodológicamente, he creído más oportuno articular los ámbitos objetivo y subjetivo en torno a los ejes positivo y negativo, de forma que quede mejor definido uno y otro por complementariedad de los dos planos de análisis de la noción de contrato público.

A. Delimitación positiva.

La delimitación positiva del contrato es la definición pura y más apegada al mismo, la puesta de manifiesto de los elementos de que se compone su esencia que , tanto de forma objetiva como subjetiva determinan, en este caso, la existencia o no de contrato público y, consecuentemente, el sometimiento a unas u otras normas en lo que se refiere a todas las fases de la actividad contractual, tanto coetáneas como previas y posteriores a la perfección del contrato. Por razón de la brevedad exigida en el formato del texto, únicamente pondremos el acento sobre las novedades.

1. Ámbito objetivo.

Cuando la Ley describe su propio objeto incurre, ya de base, en una omisión fundamental, pues se afirma en el art. 1 que "la Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios[7] que la norma considera de aplicación inmediata. Sin embargo se echa de menos la presencia de una referencia al elemento causal del contrato público, cual es la ordenación a satisfacer el interés general; elemento que no se advierte en la prolija enumeración de principios que, apresuradamente, se vuelcan en el artículo sin que, formalmente, se les dote de un desarrollo esquemático que permita deducir la prelación en caso de conflicto entre los mismos o que, como ha señalado el OCP[8] se fije en mayor medida "la visión estratégica de la contratación pública".

El ámbito objetivo que se somete al PLCSP figura en el art. 2 y es fiel al texto normativo que le precede, lo que revela, a juicio del CONSEJO DE ESTADO[9], que la norma persigue, al igual que su predecesora, "someter a la regulación proyectada la actividad contractual y gran parte de la actividad convencional de las entidades del sector público". Expresión muy acertada, puesto que esta vocación no viene a significar, retomando las palabras del citado Órgano, "que cualquier instrumento convencional quede sometido a su ámbito de aplicación, pero sí todos aquellos que pueden incidir en el mercado". Podemos observar ,con la sola lectura del artículo primero, como la norma se encuentra impregnada de una *voluntas legislatoris* cuya idea rectora es asegurar el

---

7 libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de laoferta económicamente más ventajosa.

8 OBSERVATORIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre (2016).

9 CONSEJO DE ESTADO, Dictamen Nº: 1116/2015

correcto funcionamiento del mercado de forma que la actividad pública no suponga una distorsión en el juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios, pues prácticamente la totalidad de los principios lo protegen desde unas u otras aristas. Con tal intención, expresa el CONSEJO DE ESTADO que la Norma sujeta "a sus disposiciones no sólo los contratos o convenios suscritos por las entidades que integran el sector público sino también aquellos que, aun celebrados por particulares, obtienen algún tipo de financiación o apoyo de éstos.

Este propio artículo establecía que son contratos del sector público sometidos a la Ley los onerosos que cumplan los requisitos subjetivos del artículo 3. Y, en el mismo sentido se encuentra redactada la nueva versión. Resulta llamativo que la norma incorpore una definición de contrato oneroso, cuya literalidad enuncia que tendrá lugar en los "casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta". Sin embargo, podemos objetar al respecto de esta noción del requisito objetivo de onerosidad que la misma es, a nuestro juicio, excesivamente amplia. Como quiera que la obtención indirecta de beneficios resulta compleja en su determinación y mesura, se echa de menos una mayor concreción del legislador por medio de la caracterización de tales beneficios como "obtenidos de la ejecución del contrato". Indudablemente, nos enfrentamos a uno de los elementos qué suscitará más polémica, particularmente porque se enfrenta, a nuestro juicio, a tres importantes escollos que habrán de ser salvados: la jurisprudencia comunitaria más tradicional, el concepto de onerosidad que subyace en las Directivas traspuestas y la propia configuración que existe en el Derecho Español sobre este particular. Los abordaremos de forma separada.

La resoluciones del Tribunal Comunitario establecen en una línea jurisprudencial que considera que "el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato" como refiere la Sentencia de 12 de julio de 2001, una prestación que habrá de producirse a cambio de una contraprestación, como refiere la Sentencia de 25 de marzo de 2010; prestaciones a las que se exige que un "beneficio económico directo", aunque *lato sensu,* pues la Sentencia de 23 de diciembre de 2009 conviene que no se requiere por las partes un necesario ánimo de lucro. Esto es, como subraya la STJUE de 25 de marzo de 2010, el concepto de contrato público requiere *de minimis* que su ejecución suponga un beneficio económico directo para el poder adjudicador, pero sin que sea necesario acreditar también la existencia de una ventaja económica para el contratista. Cuando cohonestamos esta construcción de la onerosidad con la establecida en el art. 2 PLCSP hallamos posibilidades de divergencia con respecto los elementos que determinan que el contrato sea oneroso y, por lo tanto, potencialmente público. Divergencias que surgen alrededor de la posibilidad de extender el beneficio económico a los indirectos, cuestión que deriva de la propia interpretación de beneficio económico, pues como tal debemos entender el resultado positivo tras la ponderación entre ventajas y cargas económicas, lo que en caso de un beneficio indirecto se torna complejo, cuando menos.

La configuración del concepto "oneroso" no se produce de forma específica en la Directiva 2014/24/UE ni en la 2014/23/UE; pero, sí ésta última parece apuntar algunas notas definitorias del mismo en el Considerando undécimo cuando se refiere a las concesiones. Particularmente, cuando apostilla *in fine* que en todo caso, la concesión, y así su requisito de onerosidad, atribuirá siempre los beneficios derivados de las obras o servicios a los poderes adjudicadores. Tiene pleno

sentido esta configuración por el ámbito de protección que la norma pretende, que es, entre otros, conseguir un juego más limpio en la contratación pública; de suerte que se evite el enriquecimiento injusto de la administración con mecanismos contractuales menos reglados que huyen de la norma básica de contratación administrativa.

Propiamente, el Derecho español configura el concepto de onerosidad como indisolublemente ligado equilibrio contractual y, en último término, al consentimiento. Así, el Código Civil subordina la eficacia del contrato al requisito del art. 1273 y el 1262, que es la necesidad de determinar en fase de elaboración del contrato las prestaciones que constituyen su objeto. El problema conceptual que se nos revela es cómo conciliar el consentimiento válido con los beneficios indirectos que surgen *ex post* al momento de la manifestación del consentimiento y ante los cuales la PLCSP no parece poner límite temporal alguno para el sometimiento del contrato a la norma de contratación citada.

Con respecto a contratos típicos, se producen las siguientes especialidades que merecen reseña a continuación, en cuanto a los aspectos novedosos que aportan en relación al ámbito objetivo del contrato.

a) Los Convenios, tal y como se desprende la lectura del art. 6 y por diferencia con le texto precedente, advertimos que se introduce el término "cooperación" en esta figura contractual, lo que revela la vocación constructiva del convenio, cuestión que viene aquilatada cuando se sustituye la palabra "naturaleza" por "contenido" y se hace resplandecer como causa el interés público. Con esto se intenta evitar el fraude de ley, uno de los grandes clásicos de la contratación pública; se busca, más bien, que no se pueda encubrir como convenio, para huir de la aplicación de las reglas del contrato público, lo que debiera tener naturaleza contractual bajo las reglas de la PLCSP.

   Sin embargo, éste artículo, comparado con la Directiva de referencia, no integra la totalidad de los aspectos que la misma contiene, como ya ha tenido ocasión de recordar el CONSEJO DE ESTADO. Especialmente, cuando la Directiva refiere la necesidad de concurrencia de todos los requisitos que figuran en el art. 12.4 de la misma, mientras que el PLCSP no deja totalmente claro el modo de aplicación de los requisitos.

   Mantener esta exclusión de los convenios tiene pleno sentido, tal y como señala el CONSEJO DE ESTADO, toda vez que, éstos, por su naturaleza especial, "no pueden ni deben someterse a las normas rígidas de la contratación administrativa, presididas por los principios de concurrencia, transparencia, publicidad y no discriminación. Así lo ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 18/2001, al decir que los convenios de colaboración son el modo normal de relacionarse para las entidades públicas, ya que, al no poder precisarse cuál de las partes debe actuar como órgano de contratación y cuál como contratista resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no del contrato."

   Sin embargo, la norma es defectuosa en su art. 6.1 cuando afirma "excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebre la Administración General del Estado con las entidades (…) de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras (…) , las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades

públicas, o los que celebren (…) entre sí, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley". Este último inciso resulta particularmente problemático toda vez que interpretación literal del PLCSP conduce considerar a los convenios de colaboración excluidos de la legislación de contratos las relaciones entre entidades públicas cuando sean onerosos, ya que como señala el CONSEJO DE ESTADO "la onerosidad es el único requisito que impone el artículo 2.1 del anteproyecto para calificar los contratos sujetos a su regulación. Este planteamiento deja sin contenido la exclusión e impide que los convenios sean la forma normal de relacionarse entre los entes públicos."

b) Uno de los mayores ajustes que se producen, son los relativos a las definiciones de obras y servicios. En concreto, en el artículo 13.1.b) se introduce la noción funcional de obra derivada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009. Esto se traduce en un concepto que el CONSEJO DE ESTADO ha calificado como "funcional" y que se encuentra basado en la existencia de influencia sobre decisión final, tal y como se indicaba en la Sentencia. Esta idea de la funcionalidad actúa como un elemento que nos permite atribuir el carácter de contrato de obra no solo a la ejecución de la "obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante" como sostenía la regulación anterior en el art. 6.1, sino "a toda realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra", como refiere el PLCSP en el art. 13.1.b)

c) Los conceptos anteriores se distinguen también con respecto a las categorías de concesión de obras y de servicios. Llamará la atención del lector la presencia de un término novedoso, que no figura en el TRLCSP, como es la concesión de servicios. El mismo, no se diferencia demasiado de la concesión de obra, pues en ambos casos se encomienda la realización de una de las dos prestaciones cuya contrapartida viene constituida bien por el derecho de explotación objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado de la percepción de un precio.

   Con respecto a la propia concesión de obra, el TRLCSP no contaba con una definición estable, que sí venía siendo completada por el Derecho comunitario, que lo asimilaba a un contrato de obra, en las Directivas 71/305, 84/440 y 93/37; admitido ya hoy por el art. 7 del, a este tiempo, vigente TRLCSP como señala la STS de 20 de Abril de 2015. El PLCSP aclara de modo meridiano qué es la concesión de obra.

   En el art. 14.1 mantiene la noción básica de concesión y es en el segundo numeral del mismo precepto donde se termina de perfilar la línea de la categoría, pues se integra tanto la adecuación, reforma y modernización como aquellas actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta. El valor jurídico que sustenta esto es atornillar la posibilidad de realizar modificaciones dentro del ámbito de este contrato, por celeridad y economicidad, pero siempre que se produzca dentro de la finalidad original del contrato, es decir, no se incurra en modificaciones que se pretenden encubrir bajo alguna de las formas anteriores.

d) Desaparece el tipo de contrato de colaboración público-privada. Al respecto de este contrato de Colaboración, debemos admitir el estupor que nos causa por partida doble. En primer lugar, por

su eliminación formal, puesto que nos encontramos ante uno de los vehículos de inversión que más se emplean internacionalmente, sobre todo para la puesta en marcha de inversiones de gran volumen. En segundo lugar, porque el CPP no desaparece del panorama de la PLCSP, sino que se permite análogamente su supervivencia por la vía de las sociedades de economía mixta.

e) Se adopta el criterio del riesgo operacional como un elemento básico en la delimitación de la concesión esto supone un cambio de calado, pues bastará con la mera transferencia del riesgo de suministro, tanto de oferta como de demanda para que exista una concesión. En virtud se la similitud, anteriormente, expuesta, entre los dos preceptos relativos a las concesiones de obras y a las de servicios, creemos que es un criterio aplicable por igual a ambas.

2. Ámbito subjetivo:

Una de las más sonadas novedades por la deficiente técnica de elaboración del precepto es la de aplicación del PLCSP a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales toda vez que exista financiación pública mayoritaria. Sin embargo, este precepto se nos revela confuso y envenenado. Confuso por la aparente equiparación de las organizaciones del epígrafe cuarto (partidos y sindicatos) con las Corporaciones de Derecho Público, cuando administrativamente no se produce de forma tan clara la situación en el mismo plano, un error que ha perpetrado el CONSEJO DE ESTADO en el dictamen al respecto del PLCSP. Envenenado porque su aplicación se reserva a los supuestos armonizados, donde los umbrales que resulta preciso superar para la aplicación del régimen del PLCSP y los principios que lo inspiran son elevados; así, la gran mayoría de los contratos que celebran estas organizaciones escapan por completo a la ley, incluso a la exigencia de cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y de la obligación de adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa.

B. Delimitación negativa.

1. Ámbito objetivo.

Sin vocación de exhaustividad podemos afirmar que nos encontramos ante una norma cuyas previsiones en materia de contratos excluidos constituyen un verdadero bandoneón legisferante; un ritmo a contrapunto que de ningún modo armoniza en la melodía general, puesto que, aunque la tendencia de la legislación comunitaria va *in crescendo* con respecto a la amplitud su ámbito subjetivo, al abordar el examen del artículo 3 del anteproyecto advertimos que el espacio de las exclusiones de tipo objetivo se amplían, es decir, decrecen las posibilidades de sometimiento al PLSCP por motivos objetivos. Sin embargo, como señala el CONSEJO DE ESTADO, sigue "los criterios de las Directivas que incorpora". No obstante, creemos preciso reseñar esta contradicción de tendencias.

2. Ámbito subjetivo.

No podemos hablar de un ámbito subjetivamente negativo y menos expresado de forma explícita puesto que la norma se articula en torno a un concepto subjetivo-funcional que es heredero de la

concepción antiformalista de los conceptos e instituciones que está presente en la normativa europea. Como ha señalado el CONSEJO DE ESTADO: "Las directivas conforman unos conceptos de poder adjudicador y de Administración pública(…) desvinculados de la idea de persona jurídica y, aun en muchos casos, de la de órgano. Conceptos que se delimitan por su singular posición o juego en las relaciones económicas. Esto comporta la superación de la concepción –dominante durante los últimos decenios en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia– de la individualización de las Administraciones públicas mediante el instrumento de la personalidad jurídica y de la configuración del acto administrativo como realidad esencialmente subjetiva".

Podemos convenir, por lo tanto, que las nociones subjetivas del PLCSP vienen dadas por el actuar en el mercado en unas condiciones singulares, distintas de las normales, de forma que se consiga someter a la mayor parte de organizaciones públicas a su regulación, evitando, en consecuencia la huida del Derecho Administrativo.

IV. Conclusión.

Nos encontramos ante una normativa contractual española que como refirió la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016 necesitaba ser reformada. Esta reforma se ha construido a través de un Proyecto de Ley extenso y excesivamente reglamentista pero cuyo sentido es el de acotar el poder de las comunidades autónomas, en aras de lograr cada vez una mayor homogeneización de la contratación pública en todo el Reino.

En cuanto a su contenido, hemos observado que la norma precisa de multitud de ajustes de tipo operativo que se evidenciarán con su puesta en aplicación y requerirán de las construcciones de la técnica jurisprudencial para su solución. Personalmente, considero poco acertado llevar adelante normas cuyas imperfecciones técnicas se evidencian sin necesidad de entrada en vigor.

V. Bibliografía.

A. Documentos.

COMISIÓN EUROPEA, Public procurement – Study on administrative capacity in the EU; Spain Country Profile. http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/es.pdf

CONSEJO DE ESTADO, Dictamen Nº: 1116/2015.

DÍAZ PÉREZ, M. *Contratación Pública y Derecho Global: Reflexiones para la gobernanza.* Actas Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano (2015) https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2015/03/manuel-dc3adaz-pc3a9rez.pdf

GIMENO FELIU J.M. *Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público.* OBCP (2017) http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.273/relcategoria.208/relmenu.3/chk.f521096161054268dba7b7637bf57c15

OBSERVATORIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico*

español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre (2016).

OCDE, *Preventing Corruption in Public Procurement.* OCDE Press, Paris (2016) http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-in-Public-Procurement-Brochure.pdf

B. Normativa.

1. Comunitaria

Directiva 71/305,

Directiva 84/440,

Directiva 93/37,

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

Directiva 2014/25/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014

Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016

2. Española

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOCG de16 de Marzo de 2017

C. Jurisprudencia

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia de 12 de julio de 2001

Sentencia de 29 de octubre de 2009.

Sentencia de 23 de diciembre de 2009

Sentencia de 25 de marzo de 2010

2. Tribunal Supremo (España)

Sentencia de 20 de Abril de 2015

LAS CONSULTAS, SOLICITUDES DE ACLARACIÓN Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS INTERESADOS EN LA FASE DE LICITACIÓN, EN EL PLCSP Y EN LAS DIRECTIVAS

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo
Profesora interina de Derecho Administrativo e Investigadora
Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN

La convocatoria de una licitación implica la obligación de la Administración de facilitar toda la información que sea necesaria para que los futuros licitadores puedan conocer claramente cuál es la voluntad del órgano de contratación, tanto en sus aspectos de definición del objeto, finalidad y presupuesto del contrato, como de los derechos y obligaciones de las partes[1], condiciones de ejecución[2], así como la documentación a presentar, los plazos de presentación y ejecución y los criterios de valoración para la adjudicación del contrato[3].

De ahí que la documentación obrante en el expediente en la fase de licitación (pliego de cláusulas administrativas, pliego de prescripciones técnicas[4], proyecto, etc) tiene que ser[5]:

---

1 Resolución del TACRC nº677/2016, de 9 de septiembre de 2016:
"Del mismo modo, el TRLCSP impone que el Pliego de cláusulas recoja los "pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo" (artículo 115.2 TRLCSP), siendo así que en ellos se debe especificar, según el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 33/02, "cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos".

2 Las condiciones de ejecución de un contrato deben figurar en el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que se utilice como medio de convocatoria de licitación o la documentación de la contratación(Considerando 104 Directiva 2014/24/UE).

3 El Artículo 150.2 del TRLCSP, en tanto que obliga a detallar los criterios de adjudicación en el anuncio de licitación, en los Pliegos o en el documento descriptivo, y con base en el cual hemos señalado que dichos criterios deben figurar "con un grado de concreción que permita formular la oferta con conocimiento por parte de los candidatos de los extremos avalorar, evitando el riesgo de arbitrariedad en la entidad que convoca el procedimiento" (cfr.: Resolución 658/2015, reiterada en la 119/2016).

4 El Artículo 68 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP),indica que los PPT particulares contendrán, al menos las características que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.

5 Vid. Sentencia del TJUE, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 (asunto C-496-99):
"111 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por

a) clara, precisa e inequívoca[6]

b) comprensible[7], dentro de los principios de la lex artis,

c) accesible

d) completa

e) verídica

f) ajustada a la normativa contractual

g) igual para todos los licitadores[8].

Por ello, podemos hablar de un derecho de acceso a la información necesaria para formular una oferta. En este sentido el Artículo 28.2 del PLCSP[9] habla del "acceso sin coste a la información". Este derecho está vinculado con los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, regulado en el Artículo 1 y concordantes[10].

En este sentido, la Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016 (asunto C-324/14) señalaba que:

"61 Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que

---

otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata".

6 El acceso a una información clara y completa por parte de todos los potenciales licitadores es una exigencia del principio de transparencia. Así lo ha manifestado el TJUE en su sentencia conocida como «Succhi di Frutta» (sentencia de 29 abril 2004).

7 Se sigue de lo anterior que, a fin de garantizar esta igualdad de trato, la información que se suministra a los licitadores debe ser de tal naturaleza que todos puedan comprender su alcance, según recuerda la Sentencia del TJUE, Sala Cuarta, de 12 de noviembre de 2009 (asunto C-199/07):
"38 En concreto, los interesados potenciales deben encontrarse en igualdad de condiciones por lo que respecta al alcance de la información contenida en un anuncio de licitación. Es contrario a esos principios que una categoría de interesados deba dirigirse a la entidad adjudicadora de que se trate para obtener aclaraciones e información adicional acerca del sentido real del contenido de un anuncio de licitación, cuando la formulación de éste no deja ninguna duda respecto de un interesado razonablemente informado y diligente".

8 Se ha entendido contrario al principio de igualdad remitirse, a los efectos de admisión de variantes, a una disposición normativa interna en lugar de explicitar los requisitos mínimos en el anuncio de licitación (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Sexta, de 16 de octubre de 2003 –asunto C-421/01-),

9 "Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley".

10 La Sentencia del TJUE, Sala Tercera, 10 de mayo de 2012 (asunto C-368/10), afirma:
"88 En cuarto y último lugar, como se indica en el párrafo segundo de dicho considerando, dichos principios obligan al poder adjudicador a garantizar en todas las fases de un procedimiento de adjudicación de un contrato público tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia de los criterios de adjudicación, que deben formularse de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan conocer su alcance exacto y, en consecuencia, interpretarlos de la misma forma (véase, en particular, en lo que respecta a las disposiciones análogas de las directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, Rec. p. I-14527, apartados 56 a 58)".

no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada)".

II. EL PERFIL DE CONTRATANTE COMO EXPRESIÓN DE LA INFORMACIÓN A LOS LICITADORES

Como materialización de este derecho de acceso a la información, el Artículo 63 del PLCSP[11] regula el Perfil de contratante donde debe constar la documentación necesaria para poder presentar una oferta, siendo significativa y muy positiva la obligación de que figuren en el Perfil "los pliegos y demás documentos que configuren una contratación", a diferencia de lo que sucedía en el TRLCSPdonde no se contemplaba esa obligación[12]. El Artículo 138 del PLCSP reitera esta obligación, aunque la matiza, dado que señala excepciones a esta regla[13].

---

11 Artículo 63.2, párrafo segundo del PLCSP:
"En todo caso, deberán publicarse en el perfil de contratante, en los casos en los que esta Ley obligue a su publicidad, los anuncios de información previa, las convocatorias de licitaciones y los anuncios de formalización de los contratos, los anuncios de modificación, los anuncios de concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos, así como los pliegos y demás documentos que configuren una contratación".

12 Artículo 53 del TRLCSP.
"2. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 141, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación de los contratos".

13 Artículo 138.2 del PLCSP:
"Excepcionalmente, en los casos que se señalan a continuación, los órganos de contratación podrán dar acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios no electrónicos. En ese caso el anuncio de licitación o la invitación a los candidatos seleccionados advertirán de esta circunstancia; y el plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación se prolongará cinco días, salvo en el supuesto de tramitación urgente del expediente a que se refiere el artículo 119.
El acceso no electrónico a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación estará justificado cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:
a) Cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan, en los términos señalados en la disposición adicional decimoquinta.
b) Por razones de confidencialidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.
c) En el caso de las concesiones de obras y de servicios, por motivos de seguridad excepcionales".
Artículo 53.2 de la Directiva 2014/24/UE:
"2. Siempre que se haya solicitado a su debido tiempo, los poderes adjudicadores proporcionarán a todos los licitadores que participen en el procedimiento de contratación información adicional sobre los pliegos de condiciones y cualquier documentación complementaria, a más tardar seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas. En el caso del procedimiento acelerado contemplado en el artículo 27, apartado 3, y en el artículo 28, apartado 6, este plazo será de cuatro días".

También la Directiva 2014/24/UE establece excepciones[14].

Hay otro tipo de información que es potestativa, por ejemplo, la Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales (Artículo 129 del PLCSP)[15]. Sin embargo, por lo que respecta a la información sobre subrogación de trabajadores[16] el Artículo 130 del PLCSP dispone que "los servicios dependientes del órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes

---

14 Artículo 53.1 de la Directiva 2014/24/UE:

"1. Los poderes adjudicadores ofrecerán por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la contratación a partir de la fecha de publicación del anuncio, de conformidad con el artículo 51, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés. El texto del anuncio o de la invitación a confirmar el interés deberá indicar la dirección de internet en que puede consultarse esta documentación.

Cuando no se pueda ofrecer acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos a determinados pliegos de la contratación por una de las razones expuestas en el artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, los poderes adjudicadores podrán indicar, en el anuncio o en la invitación a confirmar el interés, que los pliegos de la contratación en cuestión van a transmitirse por medios distintos de los electrónicos, de conformidad con el apartado 2 del presente artículo. En tal caso, el plazo para la presentación de las ofertas se prolongará cinco días, salvo en los casos de urgencia debidamente justificada a que se refieren el artículo 27, apartado 3, el artículo 28, apartado 6, y el artículo 29, apartado 1, párrafo cuarto.

Cuando no pueda ofrecerse acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos a determinados pliegos de la contratación porque los poderes adjudicadores tengan intención de aplicar el artículo 21, apartado 2, de la presente Directiva, estos deberán indicar en el anuncio o en la invitación a confirmar el interés qué medidas de protección del carácter confidencial de la información exigen y cómo se puede obtener acceso a los pliegos en cuestión. En tal caso, el plazo para la presentación de las ofertas se prolongará cinco días, salvo en los casos de urgencia debidamente justificada a que se refieren el artículo 27, apartado 3, el artículo 28, apartado 6, y el artículo 29, apartado 1, párrafo cuarto".

15 Vid. De igual modo, el Artículo 119 del TRLCSP.

16 Vid. Resolución 471/2013 del TACRC, que señaló:

"El Tribunal debe resolver la cuestión planteada a la luz de la interpretación lógica de lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP. A tal fin, señalemos que el artículo 120 dispone la obligación de hacer constar, en la documentación contractual (pliegos o documentación complementaria), la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos.

Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos".

"De lo anterior, se deduce lo siguiente:

a. La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación.

b. En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique la relativa al tipo de contrato, antigüedad y salario, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todos los licitadores".

laborales que implicará tal medida"; al dejar el Artículo 63 del PLCSP la opción de indicarlo en el pliego (que es de publicación obligatoria en el Perfil) o en documentación complementaria, donde la norma no dice expresamente su publicación en el perfil se puede plantear la cuestión de si esa información complementaria debe figurar en el Perfil. Entendemos que sí, pues en todo caso tendría encaje en la expresión "documentos que configuren la contratación".

III. MOMENTO Y FORMA EN QUE LA INFORMACIÓN TIENE QUE ESTAR A DISPOSICIÓN DE LOS LICITADORES

Entendemos que la información tiene que estar a disposición de los licitadores desde la fecha de la publicación del anuncio o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados, tal y como establece el Artículo 138 del PLCSP.

En cuanto a la forma de acceso a la información, el mismo tiene que ser:

a) libre

b) directo

c) completo

d) gratuito

Por lo que respecta a la solicitud de información adicional complementaria[17], la misma tiene un plazo límite: a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, a condición de que se hubiera pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto.

La Resolución TACRC nº677/2016, de 9 de septiembre de 2016 señala que "en efecto, mantener en secreto los datos referentes a la demanda de las distintas clases de presentaciones comerciales de los medicamentos supone, de hecho, otorgar un trato preferente a la empresa o empresas que han venido prestando el suministro hasta la fecha, pues ellas sí que son conocedoras de esta información que, de este modo, puede ser empleada para hacer previsiones que no estarán al alcance de otras empresas. No estamos, por lo demás, en presencia de una circunstancia que quepa tildar como inherente al sistema ante la cual el órgano de contratación deba quedar impa-

17 Artículo 138.3 del PLCSP:

"Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementariaque estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación".

sible; por el contrario, a él le incumbe velar por el cumplimiento de los principios fundamentales del sistema de contratación pública, y para ello le basta con proporcionar una información de la que sin duda ya dispone o está en condiciones de obtener".

Cabe traer a colación pronunciamientos sobre solicitudes formuladas fuera de plazo. En este sentido, destacan las resoluciones que a continuación se exponen:

La Resolución 157/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, ha señalado que "Por la información adicional que se solicite sobre los Pliegos y sobre la documentación complementaria, nos dice el art. 158.1 del TRLCSP, que deberá facilitarse al menos seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas. El órgano de contratación puede especificar en el pliego qué plazo de antelación a la expiración del plazo de presentación de proposiciones requiere para enviar la documentación dentro del plazo máximo. Es lo que dice exactamente el art. 38.1 de la citada Directiva 2004/18/CE (ahora directiva 2014/24, artículos...) el recurrente que tuvo acceso a los Pliegos por medios electrónicos a través del perfil de contratante, también pudo solicitar información adicional o complementaria sobre las características técnicas del software que considerase necesaria para presentar su oferta. No habiendo solicitado esa información, no puede alegarse indefinición del PPT."

La Resolución 365/2015 del TACRC, por su parte, ha afirmado que: "Por tanto, el órgano el órgano de contratación debería ofrecer una estimación del tipo de presentación que va a exigirse en cada caso, siquiera sea de carácter estimativo y por referencia a los contratos hasta ahora ejecutados. No obstante, ello no quiere decir que la falta de esa información en el pliego deba dar lugar necesariamente a su anulación, pues la propia TRLCSP ha previsto mecanismos para que los licitadores puedan completar la información suministrada por el órgano de contratación si la consideran necesaria para la formulación de las ofertas y ello sin necesidad de impugnar los pliegos, sino a través del procedimiento previsto en el artículo 158 TRLCSP, tal y como ha señalado, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su resolución nº157/2014:

"En el expediente de contratación, además de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, podrá existir documentación complementaria (memorias, planos, gráficos, formularios, relación de contratos a subrogar, especificaciones técnicas, etc.) que se facilitará a los empresarios que los hayan solicitado (en este mismo sentido el informe 32/02 de 23 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). La posibilidad de existencia de documentación complementaria se constata a lo largo de todo el articulado del TRLCSP, tal documentación complementaria tiene una especial relevancia cuando permite al candidato poder fijar el precio de su oferta o conocer las características de la prestación del servicio en la presunción de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan el contenido de todas las cláusulas al presentar su proposición. El acceso a una información clara y completa por parte de todos los potenciales licitadores es una exigencia del principio de transparencia. Así, el TJCE en su sentencia conocida como «Succhi di Frutta» (sentencia de 29 abril 2004. TJCE 2004\125) entendió que el principio de transparencia constituye el corolario del principio de igualdad de trato y que tiene esencialmente por objeto garantizar que no existe riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora.

Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata. Los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, que no resultan vulnerados en este caso.

En la licitación pública de un contrato mediante procedimiento abierto son los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas los que permiten a los licitadores conocer con exactitud las características concretas del objeto contractual, su dimensión económica y demás obligaciones contractuales. El acceso a los pliegos y documentación complementaria son fundamentales para tomar la decisión de participar o no en la licitación e inmediatamente, en sentido afirmativo, preparar la proposición.

Por la información adicional que se solicite sobre los Pliegos y sobre la documentación complementaria, nos dice el art. 158.1 del TRLCSP, que deberá facilitarse al menos seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas. El órgano de contratación puede especificar en el pliego qué plazo de antelación a la expiración del plazo de presentación de proposiciones requiere para enviar la documentación dentro del plazo máximo. Es lo que dice exactamente el art. 38.1 de la citada Directiva 2004/18/CE…

No habiendo solicitado esa información, no puede alegarse indefinición del PPT".

Así se ha señalado también por este Tribunal en resolución nº663/2014:

"Ahora bien, que la información deba constar en dicha documentación no significa necesariamente que la misma deba ser publicada en la plataforma de contratación del Estado. Debe recordarse que la normativa de contratación pública y particularmente el TRLCSP no impone la obligación de publicar toda la información correspondiente a un determinado procedimiento, sino que basta con publicar el anuncio de licitación a que se refiere el artículo 142 de dicho Texto Refundido. En el caso de que el órgano de contratación opte además por dar acceso a los interesados por medios electrónicos a los pliegos, ello tiene como única consecuencia la posibilidad de reducir los plazos de presentación de ofertas a que se refiere el artículo 159 TRLCSP, reducción que en este caso no se produjo. Por tanto, si el interesado tenía alguna duda o consideraba necesario solicitar alguna otra información al órgano de contratación debió haberlo hecho en el plazo señalado en la misma, en cuyo caso podría haber tenido acceso a los datos que constaban en el anexo que no fue objeto de publicación por medios electrónicos, pero que sí formaban parte del expediente tal y como consta en la documentación remitida a este Tribunal".

Por lo que respecta a los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.

En lo concerniente a la ampliación del plazo, el Artículo 136 del PLCSP regula los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones[18] y dispone en su apartado 2 que:

"Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, de forma que todos los posibles interesados en la licitación puedan tener acceso a toda la información necesaria para elaborar éstas, cuando por cualquier razón los servicios dependientes del órgano de contratación no hubieran atendido el requerimiento de información que el interesado hubiera formulado con la debida antelación, en los términos señalados en el apartado 3 del artículo 138. Esta causa no se aplicará cuando la información adicional solicitada tenga un carácter irrelevante a los efectos de poder formular una oferta o solicitud que sean válidas. Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, así mismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124. La duración de la prórroga en todo caso será proporcional a la importancia de la información solicitada por el interesado".

Por su parte, el Artículo 47 de la Directiva 2014/24/UE, en sus apartados 2 y 3 establece lo siguiente:

"2. Cuando las ofertas solo puedan realizarse después de visitar los lugares o previa consulta in situ de los documentos que se adjunten a los pliegos de la contratación, los plazos para la recepción de ofertas, que serán superiores a los plazos mínimos establecidos en los artículos 27 a 31, se fijarán de forma que todos los operadores económicos afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para presentar las ofertas.

3. En los casos que se indican a continuación, los poderes adjudicadores prorrogarán el plazo para la recepción de ofertas, de forma que todos los operadores económicos afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para presentar las ofertas:

a) cuando, por cualquier razón, no se haya facilitado, a más tardar seis días antes de que finalice el plazo fijado para la recepción de las ofertas, una información adicional solicitada por el operador económico con antelación suficiente. En el caso de los procedimientos acelerados contemplados en el artículo 27, apartado 3, y en el artículo 28, apartado 6, el mencionado plazo será de cuatro días;

b) cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación.

La duración de la prórroga será proporcional a la importancia de la información o de la modificación.

Si la información adicional solicitada no se ha presentado con antelación suficiente o tiene una importancia desdeñable a efectos de la preparación de ofertas admisibles, no se exigirá a los poderes adjudicadores que prorroguen los plazos".

---

18 Artículo158.3 del TRLCSP:
"Cuando, los pliegos y la documentación o la información complementaria, a pesar de haberse solicitado a su debido tiempo, no se hayan proporcionado en los plazos fijados o cuando las ofertas solamente puedan realizarse después de una visita sobre el terreno o previa consulta «in situ» de la documentación que se adjunte al pliego, los plazos para la recepción de ofertas se prorrogarán de forma que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para formular las ofertas".

Cabe aludir en este punto a la información a los licitadores en distintos supuestos:

A) La información a licitadores en los procedimientos de licitación con negociación.

La Directiva 2014/24/UE contempla que "La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el procedimiento"[19] . En el PLCSP su regulación se contiene en los Artículos 164 a 169.

B) La información a licitadores en subastas electrónicas, diálogo competitivo y asociación para la innovación

El Artículo 139.2 del PLCSP dispone que "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 173 y 177 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica[20], en un diálogo competitivo[21], o en un procedimiento

---

19 Artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE.

20 Artículo 143 (Subasta electrónica):

"(…)

4. Los órganos de contratación que decidan recurrir a una subasta electrónica deberán indicarlo en el anuncio de licitación e incluir en el pliego de condiciones, como mínimo la siguiente información:

a) Los elementos objetivos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica;

b) En su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones relativas al objeto del contrato;

c) La información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica y, cuando proceda, el momento en que se facilitará;

d) La forma en que se desarrollará la subasta;

e) Las condiciones en que los licitadores podrán pujar y, en particular, las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja;

f) El dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

(…)

6. La invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica.

Igualmente se indicará en la invitación el resultado de la evaluación completa de la oferta del licitador de que se trate y la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios, revisados a la baja o de los nuevos valores, que mejoren la oferta, que se presenten.

Excepto en el supuesto de que la oferta más ventajosa económicamente se determine sobre la base del precio exclusivamente, esta fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa, tal como se haya indicado en el anuncio de licitación o en la invitación inicialmente enviada a los candidatos seleccionados en el pliego, para lo cual, las eventuales bandas de valores deberán expresarse previamente con un valor determinado.

En caso de que se autorice la presentación de variantes, se proporcionará una fórmula para cada una de ellas.

7. Entre la fecha de envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta electrónica habrán de transcurrir, al menos, dos días hábiles.

8. La subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas.

A lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento.

Adicionalmente, se podrán facilitar otros datos relativos a los precios o valores presentados por los restantes licitadores, siempre que ello esté contemplado en el pliego que rige la licitación, y anunciarse el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad.

(…)"

21 Artículo 173 (Diálogo con los candidatos):

de asociación para la innovación[22]".

IV. ACLARACIONES

Es preciso abordar los aspectos más relevantes de la solicitud de aclaraciones y el carácter vinculante o no de las respuestas.

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.

Es decir, serán los pliegos los que establezcan si las respuestas tendrán o no carácter vinculante. Si el pliego le confiere este carácter vinculante a las respuestas, deberán publicarse en el Perfil de Contratante.

"1. La mesa especial del diálogo competitivo desarrollará con los candidatos seleccionados un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

2. Durante el diálogo, la mesa dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. La mesa no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo consentimiento de éste, en los términos establecidos en el apartado 7 del artículo 167.

(...)".

El Artículo 30 de la Directiva 2014/24/UE señala en su apartado 3 que "Durante el diálogo, los poderes adjudicadores darán un trato igual a todos los participantes. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados participantes con respecto a otros". En su apartado 6 añade que "A petición del poder adjudicador, dichas ofertas podrán aclararse, precisarse y optimizarse. No obstante, estas aclaraciones, precisiones, optimizaciones o informaciones adicionales no podrán conllevar modificaciones de los aspectos fundamentales de la oferta o de la contratación pública, en particular de las necesidades y los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando las modificaciones de tales aspectos, necesidades y requisitos puedan falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio".

22 Artículo 177 (Negociación y adjudicación de la asociación):

"(...) 5. Durante la negociación, los órganos de contratación velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de conformidad con el apartado anterior de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los órganos de contratación darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

6. Los órganos de contratación no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica".

El Artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE en su apartado 1 estipula que "En los pliegos de la contratación, el poder adjudicador determinará cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores. La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento".

Por lo que se refiere a las aclaraciones en el contrato de concesión de obras públicas, el Artículo 248.2 del PLCSP[23] dispone que:

1.- Podrá establecerse en el pliego un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes.

2.- Las respuestas tendrán carácter vinculante.

3.- Deberán hacerse públicas.

Ya se reguló en el TRLCSP[24].

Finalmente, cabe traer a colación el acceso a los terrenos por parte los licitadores. El Artículo 136 del PLCSP trata sobre los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones y dispone en su apartado 3 que:

"Cuando las proposiciones solo puedan realizarse después de una visita sobre el terreno o previa consulta «in situ» de la documentación que se adjunte al pliego, los plazos mínimos para la presentación de las ofertas y solicitudes de participación que establece esta Ley, se ampliarán de forma que todos los que interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para preparar aquellas".

El PLCSP[25] regula las obras a tanto alzado y obras con precio cerrado[26] y estipula que "Las unidades de obra cuyo precio se vaya a abonar con arreglo a este sistema deberán estar previamente definidas en el proyecto y haberse replanteado antes de la licitación. El órgano de contratación deberá garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas".

V. CONSECUENCIAS DE UNA INFORMACIÓN INSUFICIENTE

La Resolución 365/2015 del TACRC ha puesto de manifiesto que "la insuficiencia de la información no es causa determinante de la nulidad de los Pliegos –que, por lo demás, no es interesada

23 Artículo 248. 2 del PLCSP:
"Sin perjuicio del derecho de información a que se refiere el artículo 138, el órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Este plazo, como mínimo, deberá respetar lo establecido en el apartado 3 del artículo 138. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación".

24 Artículo 131.2 del TRLCSP (Pliegos de cláusulas administrativas particulares):
"El órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación".

25 Artículo 239.3 b) del PLCSP.

26 Artículo 233.3.b del TRLCSP:
"Las unidades de obra cuyo precio se vaya a abonar con arreglo a este sistema deberán estar previamente definidas en el proyecto y haberse replanteado antes de la licitación. El órgano de contratación deberá garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas".

por la recurrente–, sino que, por el contrario, el remedio para ello ha de buscarse en el artículo 158 del TRLCSP[27], en cuyo apartado segundo se lee

"La información adicional que se solicite sobre los pliegos y sobre la documentación complementaria deberá facilitarse, al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, siempre que la petición se haya presentado con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos."

El precepto recoge así lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Directiva 2004/18/CE, hoy incorporado en el artículo 53.2 de la Directiva 2014/24/UE, y viene a consagrar una verdadera obligación del órgano de contratación de proporcionar, a petición de los interesados, cierta información o clarificar ciertos puntos, sin que puedan modificarse desde luego las condiciones esenciales de la licitación (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2012 –asunto C-368/10), ni tan siquiera para remediar defectos jurídicos sustanciales (cfr.: Conclusiones de la Abogado General de 15 de diciembre de 2011, en el asunto C-368/10). Es a este deber que no fue atendido por el órgano de contratación al que ordenamos dar cumplimiento en el fallo de la presente Resolución.

La Resolución 502/2014 ha señalado que la falta de respuesta a la petición de información complementaria no es susceptible de recurso especial, pero ello, siendo cierto, no es óbice a que podamos ordenar que se proporcione la información adicional que sea necesaria cuando resolvamos un recurso especial interpuesto frente a los Pliegos rectores de la licitación basado en la insuficiencia de los mismos, siempre que, obviamente, se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 158.2 del TRLCSP[28]. De no hacerse así, vendríamos obligados a anular dichos Pliegos, opción ésta que debemos desechar por elemental respeto a los principios de conservación de los actos administrativos (artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y, en general, al de eficacia en la actuación administrativa, artº 103 de la constitución)."

"Así, y ante todo, debe señalarse que la información que debe ser proporcionada se contrae a la de los Lotes que fueron los únicos respecto de los que se formuló la solicitud de información adicional al amparo del artículo 158.2 TRLCSP, requisito éste imprescindible para poder interponer el recurso especial por insuficiencia o indefinición de los Pliegos (cfr.: Resolución 157/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, asumida en nuestra Resolución 365/2015). Respecto de ellos, y solo respecto de ellos, habrá de ser facilitado dentro de los plazos previstos en el artículo 158.2 del TRLCSP y, en su caso, arbitrando la prórroga del artículo 158.3 del TRLCSP".

27 Artículo138 del PLCSP.
28 Artículo 138 del PLCSP.

LA CORRUPCIÓN. SU DESARROLLO EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y LOS MECANISMOS TENDIENTES A SU ERRADICACIÓN. LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Ma. Eugenia Echagüe
Magister en Derecho Administrativo. Universidad Austral

José María Fernández López
Magister en Derecho Penal. Doctorando en Derecho
Universidad Austral

I.CORRUPCIÓN. APROXIMACIÓN Y PANORAMA GENERAL

Si hay un término que es posible leer en cualquier medio de comunicación sin importar el lugar del mundo en el que uno se encuentre es "corrupción".[1]

El vocablo corrupción es definido por la Real Academia Española como "En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores"[2].

Por su parte, la Doctrina Social de la Iglesia define a la corrupción política como una de las más graves "deformaciones del sistema democrático" por cuanto traiciona los principios de la moral y las normas de justicia social comprometiendo el correcto funcionamiento del Estado, perjudicando la relación entre gobernantes y gobernados. [3]

Se trata de un flagelo mundial que está presente a lo largo de toda la historia de la humanidad.

La comunidad internacional, convencida de las drásticas consecuencias que acarrea esta problemática, hace tiempo que se encuentra promoviendo la necesidad de hacer frente a la corrupción mediante la cooperación de los Estados.

Así, se ha fomentado desde distintos ámbitos la suscripción de numerosos instrumentos[4] con el objeto de aunar esfuerzos tendientes a abordar y dejar de lado este mal que en forma gráfica supo definir quien fuera Secretario General de las Naciones Unidas al momento de sancionarse la Convención Interamericana contra la Corrupción como "una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de

---

1 Sólo por hacer algunas referencias recientes, baste con recordar los numerosos titulares que ocuparon casos como Nóos en España, López o Los Sauces en Argentina, Lava Jato en Brasil, Odebrech a nivel regional, o incluso a nivel global los Panamá Papers.

2 Diccionario de la Real Academia Española, versión disponible en http://dle.rae.es/?id=B0dY4l3

3 Cfr. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. p. 250. Documento PDF obtenido en http://multimedia.opusdei.org/pdf/es/social.pdf, disponible el 20/02/17.

4 A modo de ejemplo corresponde citar la Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 o las Cartas Iberoamericanas suscriptas en el marco del Centro Latinoamericano de Administración para el desarrollo (CLAD).

derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana." Manifestando asimismo que "la corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo."[5]

Se advierte que con esa misma intensidad se pregona la defensa del "Derecho a la Buena Administración", contemplado expresamente sobre todo en los instrumentos Iberoamericanos que establecen principios y delimitan acciones y medidas concretas que los Estados firmantes deben adoptar para garantizarlo[6], representando una suerte de contracara de los males que se vienen cuestionando.

II. LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Si bien estamos frente a un flagelo mundial, lamentablemente, en América del Sur y puntualmente en Argentina hablar de corrupción es referirse a un término que lejos de ser superado, cada día se torna más habitual.

Son innumerables los casos resonantes que se mantienen en la primera plana de los periódicos locales, generando en la opinión pública y ciudadanía en general una sensación de hartazgo sin precedentes y la necesidad de exigir del Estado la adopción de medidas eficaces tendientes a su erradicación, situación que casi como una paradoja se alterna con períodos de aceptación de lo que Nieto[7] denominó "principio del enriquecimiento máximo sin límite ético ni cívico alguno" que genera el riesgo de naturalizarla como un mal inevitable de la sociedad.

Frente al desolador panorama descripto, en lo que a nuestro país refiere, pueden destacarse ciertos hitos en el pretendido afán de encaminar la senda, sin perjuicio de la mayor o menor incidencia práctica lograda.

Así, se observa que la corrupción en sentido amplio preocupó a los convencionales constituyentes quienes en la Reforma Constitucional del año 1994 incorporaron el artículo 36 en el que parte de la doctrina sustenta el "derecho a la no corrupción".

En lo que aquí respecta, la norma establece en sus párrafos quinto y sexto que "Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

---

5 Palabras de Kofi Annan, entonces Secretario General de las Naciones Unidas respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según cita realizada en el voto de la Dra. Calitri en la sentencia referenciada.

6 A modo de ejemplo y sin pretender ser taxativos puede verse el Código Iberoamericano de Buen Gobierno del año 2006, preámbulo y puntos 3, 17, 26, 31; la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico del año 2007, preámbulo y puntos 2 a, 2 b, 6 d, 7, 8, 24; la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública del año 2008, preámbulo y puntos 6, 9, 13, 14, 15, 51; la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, puntos 6, 7, 8, 12, 13, 14, entre otros tantos puntos que podrían ser destacados.

7 NIETO, A. La Nueva Organización del Desgobierno, Ed. Ariel, Barcelona, 1996. p. 215.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función."[8]

En esta línea, el Congreso de la Nación sancionó en los últimos veinte años diversas normas directamente vinculadas a la temática que nos ocupa. En este sentido, mediante Ley Nº 24.759[9] se aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, haciendo lo propio la Ley Nº 26.097[10] respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Corresponde destacar también la sanción de la Ley Nº 25.188[11] de Ética de la Función Pública, y más recientemente y luego de muchos años de debate se logró la sanción de la Ley Nº 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública[12].

Quizás otro parámetro relevante de lo que representa la corrupción en nuestro país puede obtenerse en un interesante fallo de la Cámara Federal de La Plata, en el que la Sala II por mayoría de sus miembros declaró la imprescriptibilidad de los delitos que impliquen actos de corrupción.[13]

Más allá de las particularidades del caso concreto, creemos que el análisis que de la temática realizan los magistrados pone en evidencia la gravedad de este tipo de situaciones y la nocividad de sus consecuencias en un Estado de Derecho.

El Juez Schiffrin en su voto, luego de realizar un minucioso estudio histórico del término sostiene que "proclamar el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción significa lanzar a la sociedad un desafío moral, algo que sirva para sacudir la inercia que la carcome."

A su turno, la Dra. Calitri manifiesta que en su opinión "la corrupción debe ser considerada un atentado a la democracia y además como una violación a los derechos humanos".

Por lo expuesto, consideramos que la sentencia en análisis no puede ser obviada en tanto parece sumarse a la necesidad de buscar en forma inmediata los mecanismos que permitan dar batalla efectiva a la corrupción.

---

8 Es interesante destacar lo manifestado por el Convencional Cafiero, quien durante la discusión parlamentaria de la cláusula en cuestión manifestara "considero que la inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes del 94 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo. Por eso decidimos incluir este artículo; sabemos que tal vez lo hicimos bordeando los límites de la ley 24.309, pero estamos convencidos de que va quedar como una conquista de esta Convención cada vez que se diga que la corrupción tiene un sentido atentatorio contra el sistema democrático, al igual que la sedición. Estos son dos delitos de los que todos nos queremos defender, porque atentan contra el sistema democrático. De ahí la inclusión de la cláusula que estamos considerando". A su turno, el Convencional Rosatti expresó al respecto que "En cuanto a la cláusula sobre la ética, considero que es un avance. Por supuesto que podríamos ver la parte vacía del vaso, pero preferimos ver la parte que está cubierta y señalar que es un verdadero avance respecto de la situación actual. Digo esto porque entiendo —aquí ya se ha dicho— que al sistema democrático se lo agravia tanto cuando se procura asumir los cargos públicos por mecanismos diferentes, como cuando desde el mismo sistema se incurre en actos de corrupción que violan la forma republicana de gobierno." Cfr. Diario de Sesiones disponible en http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm.

9 Ley 24.759 sancionada el 04/12/96, promulgada de hecho el 13/01/97, Boletín Oficial del 17/01/97.

10 Ley 26.097 sancionada el 10/05/06, promulgada de hecho el 06/06/06, Boletín Oficial del 09/06/06.

11 Ley 25.188 sancionada el 29/09/99, promulgada el 26/10/99, Boletín Oficial del 01/11/09.

12 Ley 27.275 sancionada el 14/09/16, promulgada el 28/09/16, Boletín Oficial del 29/09/16.

13 Cámara Federal de La Plata, Sala II, FLP 3290/2005/CA1, 06/10/16.

III. SU DESARROLLO EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y LAS MEDIDAS TENDIENTES A SU ERRADICACIÓN

Adentrándonos ahora en el tema central del presente trabajo, se ha dicho que la corrupción se manifiesta de diversas formas[14] y en diferentes ámbitos, siendo sin duda las contrataciones públicas uno de sus campos de desarrollo.

En este sentido, Pérez Hualde ha ubicado a los contratos públicos como "uno de los centros de detección de mayor cantidad de irregularidades y de fuentes de corrupción de funcionarios y empresarios".[15]

Ya circunscriptos al ámbito de las contrataciones del Estado, este tipo de prácticas desviadas pueden tener lugar a lo largo de las distintas etapas del trámite correspondiente, y deberse a diferentes factores, como la falta de apego a la normativa vigente, la adopción de criterios arbitrarios, entre otros tantos. [16]

Sin perjuicio de ello, si observamos las normas que rigen las contrataciones públicas en nuestro país podremos advertir que no todas las etapas de la contratación estatal se encuentran regladas de la misma manera.[17]

Como se dijo, nuestro país al sancionar las leyes 24.759 y 26.097 asumió una serie de compromisos impostergables; entre ellos, promover y fortalecer en su ámbito los mecanismos para prevenir, sancionar y eliminar la corrupción, adoptar medidas y normas de conducta para el correcto cumplimiento de las funciones públicas, determinar sistemas para la adquisición de bienes y servicios que aseguren los principios de publicidad, equidad y eficiencia, establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, la competencia, y criterios objetivos de adopción de decisiones, etc.

Así, puede observarse que el Decreto 1023/2001[18] que aprueba el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, ya definía en sus considerandos su objetivo de acompañar la política de Estado en materia de transparencia y lucha contra la corrupción, estableciendo expresamente la transparencia en todas las etapas de la contratación y una cláusula anticorrupción que determinaba puntualmente causales de rechazo de las propuestas u ofertas siempre que se dieran los supuestos contemplados.

Con posterioridad, mediante Decreto 893/12[19] se reglamentó dicho Régimen para todos los contratos comprendidos en el inciso a) de su artículo 4º, destacando que se trataba de una regla-

---

14 Ver IVANEGA, M., "Efectividad del control en la lucha contra la corrupción", Circular Letter Nº 149, Ed. Rap, Bs. As., 2011.

15 PÉREZ HUALDE, A., " Contratación Pública y sus nuevos paradigmas", AA.VV (Dirs. J. Rodríguez- Arana Muñoz y M. García Pérez.),. en Reforma del Estado y Transformación del Derecho Administrativo, Bubok Publising, pp. 227- 255, p. 238.

16 En este sentido puede ampliarse en JEANNERET DE PÉREZ CORTÉZ, M. "El Derecho Administrativo ¿es fuente de corrupción?", AA.VV., en Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamentos y otras fuentes del Derecho Administrativo, Ed. Rap, Bs. As, 2009, pp. 385- 391.

17 En cuanto a este punto puede ampliarse en MAIRAL, H. Las Raíces Legales de la Corrupción, Ed. Rap, Bs. As, 2007. p. 73 y ss.

18 Publicado en el Boletín Oficial del día 24/08/01.

19 Publicado en el Boletín Oficial de fecha 14/06/12.

mentación necesaria para coadyuvar al desempeño eficiente de la Administración y el logro de transparencia y lucha contra la corrupción. Este instrumento pretendía fijar pautas claras que repercutieran en los principios básicos de toda contratación estatal e implementar nuevas metodologías y tecnologías.[20]

Con este esquema llegamos al año 2015 y al cambio producido en el Gobierno Nacional que implicó la creación de un Ministerio de Modernización tendiente a impulsar nuevas formas de gestión acorde a un Estado Moderno, involucrando el desarrollo de tecnologías que acerquen al ciudadano a la gestión del Gobierno Nacional.

Acorde a las intenciones de su creación, a esta nueva cartera se le asignaron competencias para entender en lo referente a las políticas, normas y sistemas de compras del Sector Público Nacional.

Con posterioridad, por Decreto 434/16[21] y con el objetivo principal de generar un marco integral que coordine los diversos esfuerzos e iniciativas tendientes mejorar la gestión pública en términos de calidad y eficiencia permitiendo alcanzar un Estado moderno y eficiente, transparente en su accionar y sujeto a rendición de cuentas de todo lo actuado[22] se aprobó lo que se denominó el "Plan de Modernización del Estado".

Su objetivo primario fue constituir una Administración Pública al servicio del ciudadano enmarcada en la eficiencia, la eficacia y la calidad en la prestación de servicios, promotora de una gestión ética y transparente, contemplando a estos fines la incorporación de las tecnologías necesarias.

Como consecuencia de ello, se estimó necesario modificar la normativa en materia de contrataciones públicas para adecuarla a los nuevos desafíos del Estado Moderno, lo que tuvo lugar mediante Decreto 1030/16.[23]

Entre las diferencias que la nueva reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional presenta con su antecesora pueden destacarse las siguientes: los aspectos procedimentales no están contemplados ya que serán aprobados por la Oficina Nacional de Contrataciones en su condición de organismo rector; incorpora las notificaciones mediante la difusión en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones de la Administración Nacional que habilite la Oficina Nacional de Contrataciones; se incorporan causales de inelegibilidad incluyendo, por el período indicado, a las personas jurídicas condenadas por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos para combatir el cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, y a las personas humanas o jurídicas incluidas en la lista de inhabilitados del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo por conductas o prácticas de corrupción contempladas en tal Convención; se contempla también la posibilidad

---

20 Cfr. Anónimo, AA.VV (Coord. E. Mertehikian y A. Salvatelli) en Reglamento del Régimen de Contrataciones de la administración Nacional, Infojus, Bs. As. 2014. p. 3.

21 Publicado en el Boletín Oficial de fecha 02/03/16.

22 Cfr. Considerandos del Decreto 434/16.

23 Publicado en el Boletín Oficial de fecha 16/09/16. La norma parece contemplar parte de las conclusiones arribadas en el Estudio realizado por la Oficina Anticorrupción en DEL BOCA, V., El Estado de las Contrataciones 2: estudio en profundidad de contrataciones públicas, Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción, PNUD Argentina, Embajada Británica, Bs. As, 2009.

de incorporar al Sistema de información de proveedores a quienes pretendan participar en procedimientos de selección superando así la exigencia anterior de revestir la calidad de oferente y se establece un capítulo de contrataciones electrónicas definiendo los principios pertinentes. Ello, por referenciar las más generales.

Así, y a modo complementario, por Disposición 65/16 la Oficina Nacional de Contrataciones habilitó el "Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional" para permitir la realización en forma electrónica de todos los procedimientos contemplados en el nuevo reglamento. [24]

Sin duda, y tal como sintetiza la página web de la Oficina Anticorrupción, un proceso de contratación transparente representa un beneficio en forma directa para:

"El sector público, ya que sus decisiones tienen un respaldo de legitimidad y legalidad.

El sector privado, que puede participar de estos procesos en un marco de competencia leal.

La sociedad en general, dado que las necesidades sociales son cubiertas con bienes y servicios públicos adquiridos en las mejores condiciones de mercado"[25] y, todo avance que implique mejorar en este aspecto se ve con buenos ojos.

Como se advierte, pese a los cambios de normas y la pretendida evolución de sus textos y mecanismos, que suelen representar avances en la materia, la solución para enfrentar la corrupción parece girar siempre sobre bases similares. En este sentido, la discusión se mantiene en torno al respeto de los principios que deben acompañar toda contratación estatal como ser la transparencia, la publicidad, la eficiencia, la eficacia, etc., a la garantía de mayor participación ciudadana y a la adopción de las nuevas tecnologías y los beneficios que a estos fines pueden ofrecer.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La realidad evidencia que superar la situación en la que nos encontramos requiere el mayor de los esfuerzos para contar con los instrumentos legales[26] que garanticen la transparencia, eficacia y eficiencia en las contrataciones públicas, que entendemos deberá ser acompañado, a los fines de no tornarse insuficiente, de una profundización del rol de los distintos poderes del Estado y el papel que desempeñen los ciudadanos como principales interesados del correcto cumplimiento de las funciones del Estado.

Ello en tanto, si lo que se pretende es erradicar este flagelo que azota a la humanidad desde el inicio de la historia, sin duda debemos ir más allá del mero texto formal y trabajar sobre el sistema de valores de la sociedad. El régimen legal más avanzado estará igualmente condenado a la insuficiencia si quienes deben aplicarlo no poseen un compromiso real con su función.

Cabe recordar que nuestro país al suscribir en el año 2006 el Código Iberoamericano de Buen Gobierno adoptó expresamente como valores que deben guiar su acción los de objetividad, tole-

---

24 Publicada en el Boletin Oficial del día 29/09/16.

25 De conformidad a la página web de la Oficina Anti Corrupción. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/contrataciones-publicas-0.

26 En este sentido estimamos necesario tener presente las consideraciones que realizara Mairal. Ver MAIRAL, Las Raíces Legales… , op. cit.

rancia, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, entre otros.[27]

En el mismo sentido, la posibilidad de superar las prácticas corruptas involucra directamente la cultura cívica de los ciudadanos, entendiendo fundamental hacer foco en esta dirección, dando a conocer y poniendo al alcance de la ciudadanía las herramientas que le permitan involucrarse y asumir su rol, superando aquél agotado esquema en el que sólo se expresa mediante el sufragio para pasar a ocupar un rol protagónico que profundice la participación, el control y la exigencia de transparencia. Será fundamental que los ciudadanos como titulares de los bienes jurídicos en juego reivindiquen su acabado cumplimiento.

Tal como surge del Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, en el Estado Social y Democrático de Derecho los ciudadanos dejan de ser sólo receptores de bienes y servicios públicos para ser protagonistas en la búsqueda de una Administración Pública que respete la dignidad humana. [28]

Dignidad humana que, entendemos, debe ser el eje de toda actuación del Estado.

Parafraseando nuevamente a Kofi Annan, es necesario advertir a los corruptos que no se va a tolerar que se traicione la confianza de la opinión pública y "*reiterar la importancia de valores fundamentales como la honestidad, el* respeto del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas y la transparencia para fomentar el desarrollo y hacer que nuestro mundo sea un lugar mejor para todos".[29]

Creemos que ese es uno de los grandes desafíos que como sociedad tenemos por delante.

---

27 Cfr. Código Iberoamericano de Buen Gobierno, 2006, punto. 3.

28 Cfr. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

29 Palabras de Kofi Annan, entonces Secretario General de las Naciones Unidas respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según cita realizada en el voto de la Dra. Calitri en la sentencia referenciada.

REFLEXIONES ACERCA DE LA PRECARIEDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO Y LA CORRUPCIÓN EN ARGENTINA

M. Guadalupe Simone Cajal
Abogada
Universidad Nacional de Cuyo

I. LA DESIGNACIÓN EN LOS CARGOS.

Si bien la Constitución Nacional Argentina no contempla de manera expresa al concurso público como forma de acceso a los cargos de la administración, ello se desprende claramente del principio de igualdad establecido en su artículo 16[1], y de la obligación del Estado de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato dispuesta en el artículo 75 inciso 23[2].

En virtud de ello, la legislación nacional[3], ahora sí en forma expresa, consagra al concurso como el mecanismo necesario para el ingreso a los cargos públicos y como requisito ineludible para el goce del derecho a la estabilidad consagrado por el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, y cuyos alcances fueron definidos por la Corte Federal Argentina en año el 2007 a partir del fallo "Madorrán"[4].

Sin embargo, la realidad imperante en la Argentina en esta materia nos enseña que la mayoría de los agentes del estado se encuentran vinculados al mismo a través de procedimientos que distan notablemente de aquellos previstos normativamente a tales efectos.

Y ello así, porque lo cierto es que los concursos prácticamente no existen en la mayoría de los cuadros de la administración –a excepción de ciertos sectores tales como el docente, el de salud, y de la justicia provincial– , y los agentes ingresan a sus cargos mediante simples decisiones

1 Artículo 16 Constitución Nacional Argentina: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

2 Artículo 73 inciso 23 Constitución Nacional Argentina: "Corresponde al Congreso: (…) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"

3 La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, Ley N° 25.164,establece en su artículo 8° que "el régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan", disposición que se ve complementada mediante el artículo 17° del mismo cuerpo normativo el cual dispone en su primera parte que "el personal comprendido en régimen de estabilidad tendrá derecho a conservar el empleo, "el nivel y grado de la carrera alcanzado.

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Madorrán Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas", sentencia del 8 de mayo de 2007.

voluntaristas de la administración o por medio de contratos que se renuevan sucesivamente a lo largo de los años, y que terminan efectivizándose gracias a los acuerdos paritarios celebrados entre los sindicatos y la administración, o como consecuencia de la decisión respectiva del funcionario de turno.

Esto conlleva dos cuestiones fundamentales a resaltar. La primera, que implica que son sólo algunos aquellos que pueden acceder a los cargos de empleo público, pues se necesita de un "contacto" dentro de la administración que "facilite" el ingreso; y la segunda, que los agentes que acceden a la administración por estos mecanismos carecerían de estabilidad –aclarándose que se utiliza el potencial porque lo cierto es que tales situaciones generan numerosos interrogantes en cuanto a este derecho, sin poder realizarse afirmaciones absolutas en tal sentido–.

Dentro de estos interrogantes, podemos mencionar a modo de ejemplo, el que se suscita en torno a un agente con importante antigüedad dentro del Estado y pasado a planta permanente como consecuencia de un acuerdo paritario que es separado ilegítimamente de su cargo. ¿Es posible pedir la reincorporación del mismo invocando su estabilidad por tratarse de un agente efectivizado, o procede simplemente su indemnización tal como sucedería con un trabajador del ámbito privado? Las respuestas son sin dudas variadas, pues lejos de estarse frente a una situación que podría resolverse como un cálculo matemático, dicho interrogante carece de una respuesta única y exacta, sino que por el contrario, la misma varía conforme al criterio que se adopte y conforme a cuál de los intereses en juego se considere que corresponde hacer prevalecer en el caso concreto.

Nos encontramos así frente a un sistema viciado, que por un lado vulnera abiertamente el principio de igualdad amparado constitucionalmente, y que por otro conlleva una situación de manifiesta precariedad para todos aquellos agentes que ocupan cargos públicos como consecuencia de designaciones realizadas mediante mecanismos ajenos al concurso público, y la de aquellos que se encuentran vinculados a la misma desde hace años mediante contratos de renovación sucesiva –respecto de estos últimos, la Corte Suprema de Justicia Argentina en los casos "Sánchez"[5] y "Ramos"[6] ha manifestado expresamente que el mantenimiento en el tiempo de tales contratos no genera estabilidad en el agente contratado–.

Esta realidad imperante nos obliga a reflexionar acerca de los interrogantes y problemáticas que la misma conlleva tanto para el agente, en cuanto a sus derechos fundamentales en juego, como para el propio Estado en materia de corrupción y buena administración.

II. EL SISTEMA VICIADO Y LAS PROBLEMÁTICAS QUE CONLLEVA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, CORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA. REFLEXIONES.

Las reflexiones que impone la realidad existente y el sistema adoptado en la práctica en la Argentina en materia de designación y promoción de agentes públicos, se suscitan no sólo en virtud de que tales nombramientos y contrataciones pueden responder a un verdadero clientelismo político,

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Ramos, José Luis c/Estado Nacional (Min. de Defensa -ARA) s/ Indemnización por despido", sentencia del 6 de abril de 2010.

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación", sentencia del 6 de abril de 2010.

sino también –como ya se manifestó con anterioridad– en cuanto a que la ausencia de estabilidad absoluta en sus cargos –por no haberse perfeccionado el contrato de empleo público mediante los procedimientos legalmente establecidos– conlleva una situación de permanente incertidumbre para el agente, quien, a los efectos de conservar su fuente de trabajo y de ingresos para su sustento y el de su familia, evitará todas aquellas conductas que puedan ponerla en riesgo, generándose de esta forma una situación propicia para la realización y desarrollo de actos de corrupción, ya que en definitiva, tales agentes terminan transformándose en facilitadores de los mismos, por verse impedidos a pretender evitarlos o denunciarlos, sin que ello implique poner en peligro sus puestos de trabajo.

De esta forma, la no utilización de los mecanismos de selección previstos por ley, no sólo vulnera la manda constitucional que impone la igualdad de oportunidades y de trato –cuestión esta última que por cierto excede el objeto del presente trabajo–, sino también la exigencia de que aquellos que ingresen a los cargos públicos lo hagan en base a su idoneidad para ocupar los mismos, lo cual no es un detalle menor en este asunto, pues en definitiva, el hecho de que el Estado funcione a través de personal idóneo hace, sin duda alguna, a la buena administración pública, entendida esta como derecho fundamental de todo ciudadano, tal como ha sido consagrado por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en el año 2013[7].

Pero el concurso como modo de ingreso no garantiza sólo la idoneidad del agente para ocupar el cargo respectivo y para desempeñar eficaz y eficientemente sus funciones, sino también y sobre todas las cosas, la independencia del mismo en relación a sus superiores, la que se ve reforzada por su derecho a la estabilidad.

Esta combinación entre independencia y estabilidad es la que le brinda al agente un mayor margen de actuación y decisión frente a los actos de corrupción respecto de los que tome conocimiento, y lo que impide que el mismo deba transformarse en un testigo ciego al advertir tales situaciones, contando así con la libertad de poder realizar las denuncias o propiciar las investigaciones que en su caso correspondan.

Es que el agente que goza de estabilidad cuenta con la seguridad de que sólo podrá ser separado de su puesto de trabajo por causas justificadas, y siempre mediante un procedimiento sumarial previo, pudiendo ser reincorporado en caso de haber sido víctima de una decisión ilegítima; a diferencia del agente que ingresó mediante un procedimiento distinto al previsto normativamente, pues su vínculo contractual con el Estado está caracterizado por una nota de precariedad que conlleva su posible separación sin causa justificada, con la imposibilidad de poder reclamar su posterior reincorporación.

No debe perderse de vista que estos últimos agentes le deben su puesto de trabajo Estado, así como al funcionario que los designó, y que, como se dijo anteriormente, estando en juego su

7 La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, consagra en su Capítulo Quinto que “el derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos”.

fuente de sustento y la de sus familias, procurarán actuar de modo tal de no poner en riesgo esta última, lo que los coloca en una evidente situación de vulnerabilidad pues la continuidad o no en sus cargos depende, en definitiva, de la voluntad de los dirigentes políticos de turno.

De esta simple y sólo parcial descripción de la situación que genera el sistema imperante en la realidad argentina, surge con claridad cómo se está frente a un escenario altamente propicio para el desarrollo de actos y maniobras propios de un actuar corrupto, que impide asimismo cumplir con el deber estatal de transparencia en la gestión pública.

De este modo, se está frente a un sistema que vulnera las ya mencionadas disposiciones de la Carta Magna argentina, así como los acuerdos internacionales a los que dicha República se ha comprometido, tal como sucede con la Convención Interamericana contra la Corrupción, de cuyo Artículo III surge la obligación de los Estados parte de establecer las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento[8] , así como la de crear, mantener y fortalecer sistemas para la contratación de agentes estatales que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de los mismos[9].

Como se observa, mientras en la Argentina se continúe evitando la utilización de los mecanismos establecidos por ley para la designación de agentes públicos, y se recurra a procedimientos que no garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, la misma se mantendrá en incumplimiento de aquella normativa constitucional y convencional que conforma la cúspide de su ordenamiento jurídico.

De hecho, en el Informe Final relativo a la Implementación en la República Argentina de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción para ser analizadas en la Segunda Ronda, y sobre el seguimiento de las recomendaciones formuladas en la Primera Ronda, en lo relativo a los "Sistemas para la contratación de funcionarios públicos", se recomendó a la Argentina "fortalecer" dichos sistemas tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo, como en el del Legislativo y Judicial de la Nación, mediante la adopción de medidas concretas que permitieran que los sistemas de designación y promoción de funcionarios y personal estatal sean guiados por los principios de "publicidad, equidad y eficiencia previstos en la Convención"[10].

---

8 El apartado 1 del Artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción establece que los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: " 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública".

9 Apartado 5, Artículo III, Convención Interamericana contra la Corrupción.

10 Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Informe Final relativo a la Implementación en la República Argentina de las disposiciones de la Convención seleccionadas para ser analizadas en la Segunda Ronda, y sobre el seguimiento de las Recomendaciones formuladas a dicho país en la Primera Ronda. Aprobado en la sesión plenaria del 15 de diciembre de 2006, Washington DC.

Todo lo expuesto, impone al Estado argentino la obligación de sanear el sistema viciado imperante, procurando soluciones que, por un lado, tutelen y garanticen los derechos fundamentales de los agentes que han accedido a sus cargos mediante tales cuestionados procedimientos, y que, por el otro, permitan a la administración regularizar paulatinamente el sistema de ingresos, de manera tal que los contratos de empleo público sean perfeccionados conforme a los procedimientos que la ley impone a los efectos de contar con recursos humanos idóneos para el cumplimiento de sus fines, todo lo cual hace en definitiva a la buena administración y al desarrollo eficiente de las políticas públicas.

III. POSIBLES PRIMEROS PASOS.

Una situación tan compleja como la descripta, e instalada desde hace tantos años, precisa para ser revertida y solucionada de grandes esfuerzos y de decisiones políticas que se mantengan indefectiblemente a lo largo del tiempo, más allá de los gobiernos que se sucedan.

Ahora bien, a corto plazo, y a los efectos de lograr solucionar al menos alguno de los problemas que conlleva la realidad material imperante, como lo es de la corrupción propiciada por la precariedad que signa a la mayoría de los agentes estatales argentinos, deben darse algunos primeros pasos que posibiliten otorgar mayor seguridad a la situación de dichos agentes, y que posibiliten por tanto una mayor transparencia en el obrar de la administración.

Uno de ellos podría ser el de reconocer estabilidad a tales agentes hasta tanto se llame a concurso público para cubrir el cargo respectivo, lo que propiciaría, que en caso de ser el mismo separado ilegítimamente de su función, pueda ser reincorporado bajo el condicionamiento del concurso futuro.

Esto permitiría, por una parte, brindar una mayor y más amplia protección a los derechos laborales y alimentarios del agente, y por la otra, ir signando el camino de los funcionarios políticos, quienes paulatinamente se verían impedidos de designar voluntariamente a sus allegados en los cargos estratégicos para el desempeño de su función, viéndose obligados de esta forma a recurrir a aquellos mecanismos que realmente garanticen los principios de publicidad, igualdad y transparencia impuestos constitucional y convencionalmente.

El camino a recorrer es sin duda largo y sinuoso, pero es imperioso comenzar a dar los primeros pasos a fin de lograr la regularización que el sistema global de derechos humanos y de lucha contra la corrupción impone.

ANÁLISIS DE LA EFICACIA DEL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL PERSONAL DOCENTE DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, COMO MEDIO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN[1]

Autora: Marina Edit Bicheré
Abogada. Profesora Superior Universitaria en Abogacía.
Adscripta de la asignatura Derecho Administrativo. Maestrando en Derecho Público.
Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Rosario (Santa Fe, Argentina)

Resumen:

Desde hace varias décadas se vienen produciendo cambios significativos, que se relacionan con el uso cada vez más frecuente de las tecnologías de la información y comunicación (TICs). Estos cambios no son ajenos a la Administración pública; por el contrario, han obligado a la misma a incorporar en su actuar cotidiano estas nuevas herramientas. En la Provincia de Santa Fe, las TICs son utilizadas en el procedimiento de contratación administrativa; particularmente, en los concursos de titularización para cargos y horas cátedra del sistema educativo, regulado en el decreto 3029/12, que reglamenta la carrera docente. Atento lo expuesto, la presente comunicación científica pretende examinar si el uso de las citadas TICs, por parte de la administración santafesina para la selección de su personal docente, constituye una herramienta eficaz, que conlleva al mejoramiento de la función pública, satisfaciendo, de este modo, las necesidades colectivas, y garantizando el derecho a una buena administración.

I.- Introducción:

El mundo moderno, desde fines del siglo pasado, viene sufriendo cambios significativos, producto del desarrollo científico y tecnológico. Hernandez Mendible denomina a esta etapa de nuestras vidas "sociedad de la información", y explica que se caracteriza por el acceso al conocimiento y la información de todas las personas, con independencia de su capacidad económica y de su ubicación geográfica[2].

---

1 Este trabajo se realiza en el Marco del Proyecto 1DER195 "Las nuevas tecnologías de la en la gestión y control de la actividad administrativa", bajo la dirección de la Dra. Analía Antik, y radicado en la Maestría en Derecho Público y el Centro de Investigaciones de Derecho Administrativo (CIDeA), ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

2 HERNANDEZ MENDIBLE, V. R., El derecho administrativo en la Sociedad de la información, Reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática, Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2000, p. 186.

Por su parte, la Licenciada Araguas Galcera explica que el término "sociedad de la información" hace referencia a una sociedad postindustrial, que refleja un cambio en el modelo de producción, colocando a la información en un lugar distinto del que había ocupado anteriormente[3].

En esta nueva sociedad, la presencia de las tecnologías de la información y comunicación, en adelante llamadas "TICs", hace que podamos almacenar, procesar y circular cantidades de datos cada vez mayores, a costos cada vez menores, y a través de altas velocidades en la transmisión. Uno de sus máximos exponentes es Internet, que permite una conectividad virtual, a través de distintos formatos, como ser una computadora o teléfono móvil.

La administración pública también se ha servido de estas herramientas en su gestión. Como anticipé, en la Provincia de Santa Fe, las TICs son utilizadas en el procedimiento de contratación administrativa; particularmente, en los concursos de titularización de los docentes, para cargos y horas cátedra que regula el decreto 3029/12.

Atento lo expuesto, el presente trabajo pretende examinar si el uso de las citadas TICs, por parte de la administración santafesina en los concursos de titularización de cargos y horas cátedra de los docentes de nivel medio, constituyen una herramienta eficaz, que conlleva al mejoramiento de la función pública, satisfaciendo, de este modo, las necesidades colectivas, y garantizando el derecho a una buena administración.

Para ello, se comenzará examinando el régimen legal de los concursos de titularización de los docentes de nivel medio, para luego analizar la eficacia del uso de las TICs en la contratación administrativa, y en particular, en el Decreto 3029/12.

II.- Régimen de contrataciones de los docentes en la Provincia de Santa Fe: Concursos de titularización para cargos y horas cátedra del Nivel Secundario. Decreto 3029/12:

En la Provincia de Santa Fe, el decreto 3029/12, del 23 de Octubre de 2012, es el encargado de reglamentar la carrera docente.

El artículo 2 de la normativa es el que aprueba el Sistema Único de Reglamentación de la Carrera Docente**,** para el personal docente de todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo Provincial, a excepción de los establecimientos y organismos dependientes de la Dirección Provincial de Educación Artística del Ministerio de Innovación y Cultura.

Dicho Sistema, a su vez, se organiza en cuatro sub sistemas: Sistema de Ponderación de Antecedentes Profesionales Docentes, Reglamento General de Suplencias, Reglamento General de Concursos de Titularización y Ascenso para Cargos y Horas Cátedra y Reglamento General de Traslados y Permutas; que se adjuntan como Anexos I, II, III y IV, respectivamente.

El Anexo III es el que nos ocupa, pues reglamenta los Concursos de Titularización y Ascenso para Cargos y Horas Cátedra, normativa que, a continuación, procederé a analizar, solamente en lo que se refiere al Nivel de Enseñanza Medio o Secundario. El mencionado Anexo se conforma de cinco capítulos.

---

3 ARAGUAS GALCERA, I., "La Administración electrónica en España: de la Administración en papel a la e-administración", Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Agosto, Diciembre, 2012, p. 113.

En el capítulo dos, artículo dos, se establece que las Juntas de Escalafonamiento[4] de Nivel Secundario, se constituyen como Jurados de evaluación de los antecedentes profesionales docentes. Dichos antecedentes se conforman por el título con competencia, la antigüedad, la asistencia a cursos, congresos, publicaciones, entre otros, que sumados, otorgan una determinada cantidad de puntos a cada aspirante, según lo establece el Anexo I del decreto analizado.

El capítulo tres, en su artículo cuatro, detalla las condiciones generales que deberán cumplimentar los aspirantes. El artículo cinco incorpora expresamente el uso de las TICs al procedimiento de selección, estableciendo que la inscripción de los aspirantes deberá realizarse vía web, en el portal oficial del Ministerio de Educación, siguiéndose el procedimiento que allí se indique, para cada convocatoria.

En cuanto a las cuestiones generales del procedimiento, las mismas son especificadas en el artículo seis: la convocatoria se publicará durante dos días hábiles en el Boletín Oficial de la provincia de Santa Fe, con una antelación no menor a diez días corridos previos a la apertura de la inscripción correspondiente, y se difundirá en los mismos plazos por los medios de información oral y escrita, u otras formas que se determinen en cada caso.

Con posterioridad al período de inscripción no podrán agregarse otros antecedentes; los aspirantes que reúnan las condiciones exigidas pero que tengan sumarios pendientes a la fecha de la convocatoria, podrán inscribirse y participar a título condicional. De igual manera participarán los docentes que sean afectados a sumarios con posterioridad a la inscripción. La resolución definitiva que se emita en la instancia administrativa determinará la eliminación o no del concursante. Por último, los inscriptos deberán comunicar fehacientemente todo cambio de domicilio, bajo apercibimiento de tener por cumplidas las notificaciones en el domicilio denunciado al momento de la inscripción.

Durante los años 2015 y 2016, se realizó el último concurso de titularización para cargos y horas cátedra del nivel secundario, mediante la Resolución N° 1789 del 21 de Septiembre de 2015, emanada del Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe. En dicha resolución, el procedimiento del concurso quedó establecido en el artículo cuatro del anexo III.

Los aspirantes debían generar una solicitud de inscripción que se realizaba de manera virtual, a través del formulario específico, disponible en el Portal Oficial del Gobierno Provincial/Sub-portal de Educación (www.santafe.gov.ar). Al portal se accedía mediante usuario y clave personal, y lo datos allí consignados tendrían carácter de Declaración Jurada. Previo a ello, tendrían cumplimentar dos instancias de inscripción: la primera, inscribirse en las horas cátedra para las cuales

4 El decreto 1339/08 crea las Juntas de Escalafonamiento docente para todos los niveles y modalidades del sistema educativo oficial, con la finalidad de evaluar antecedentes para ingresos, ascensos, reincorporación y suplencias. Establece en el artículo 2 de su anexo que las mismas son órganos colegiados que estarán conformadas por al menos tres miembros, dos designadas por el Ministerio de Educación, y uno a propuesta de la entidad gremial docente más representativa, e igual número de miembros suplentes, de tal manera que el total de representantes gremiales no será inferior al treinta por ciento de los miembros de la Junta. La cantidad de miembros podrá ser ampliada o reducida por el Ministerio de Educación de acuerdo con la cantidad de aspirantes que pudieran presentarse a inscripción, conservando permanentemente un número impar de miembros.

su título posea competencia, y la segunda, inscribirse en hasta seis establecimientos del nivel y modalidad, según las vacantes que hubiere.

Finalizada la inscripción vía web, a los aspirantes les correspondía imprimir la solicitud y presentarla, en una carpeta debidamente ordenada y foliada junto con los antecedentes que tuvieren, en uno de los establecimientos que se hayan anotado, hasta el último día hábil del plazo establecido. Al recibir la documentación, el personal autorizado del establecimiento receptor devolvía al aspirante el triplicado del formulario de inscripción (que se constituía como comprobante válido para eventuales reclamos) con firma, sello de la institución y fecha, quedando el duplicado en el establecimiento, y el original remitido a la Junta de Escalafonamiento de Nivel Secundario.

Al establecimiento receptor le correspondía, por un plazo de cinco días hábiles a partir del cierre de la inscripción, confeccionar digitalmente las actas de inscripciones alojada en la página web ya mencionada, imprimirlas por duplicado y ser rubricadas por el responsable del establecimiento. Por último, toda la documentación sería remitida a la Junta de Escalafonamiento dentro de los cinco días hábiles de efectivizada la clausura.

El capítulo IV del Anexo III del Decreto 3029/12 establece que las Juntas de Escalafonamiento, luego de concluida la etapa de inscripción, deben confeccionar los escalafones en orden a la sumatoria de los puntajes finales obtenidos por cada concursante, detallando región, establecimiento y/o carrera, cargo y/o materia/espacio curricular de acuerdo con cada convocatoria.

Posteriormente exhibirán durante diez días hábiles a partir de su publicación en la web, los escalafones confeccionados detallando la totalidad de los datos personales declarados por los aspirantes y el detalle con discriminación de cada ítem valorado según correspondiere, a los efectos de que los mismos realicen las impugnaciones que estimen corresponder.

Las Juntas analizarán las impugnaciones, que también se realizan vía web, y las resolverán fundadamente en el plazo de cinco días hábiles siguientes al vencimiento del término anterior, pero la resolución no será notificada al impugnante, atento a que su resultado quedará reflejado en el orden final expuesto en el escalafón definitivo.

Al día hábil subsiguiente de vencidos los plazos indicados para la resolución de las impugnaciones, se publicarán los escalafones definitivos, sin perjuicio del ejercicio de los recursos que los aspirantes estimen corresponder conforme el Decreto 4174/15 (Reglamentación para el trámite del actuaciones administrativas).

Finalmente, una vez que los escalafones entren en vigencia, previa aprobación por la Secretaría de Educación, el Ministerio de Educación dispondrá el ofrecimiento (por intermedio de la Dirección General de Recursos Humanos) hasta agotar las vacantes o el respectivo escalafón, en lugar y fecha a comunicar por la autoridad de aplicación.

III.- De la eficacia del uso de las TICs como medio para garantizar el derecho a una buena administración:

Considero que el uso de las TICs constituye una verdadera revolución que influye en las relaciones sociales, y por ende, en la administración pública. Así lo entiende Araguas Galcera cuando afirma

que el uso de las TICs en la actividad administrativa la ha transformado de tal forma que podemos hablar de la Administración electrónica como un nuevo modelo de gestión pública, distinto a los anteriores modelos implantados[5].

No obstante, es necesario comprender que las citadas tecnologías funcionan como herramientas que coadyuvan a satisfacer las necesidades públicas.

En efecto, en reiteradas ocasiones el uso de las TICs ha sido "sobrevalorado". Muchos juristas y doctrinarios, e incluso la propia administración, han entendido que su sola implementación venía a solucionar los problemas que han aquejado desde hace varias décadas a las diferentes administraciones: una legislación anacrónica, una excesiva burocracia, la falta de capacidad técnica de los empleados y funcionarios públicos y su escasa capacitación, y por sobre todo, la ausencia de transparencia en la gestión pública; entre otras deficiencias.

Lo cierto es que los problemas descriptos continúan vigentes, y en gran medida se deben a que la administración ha interpretado, erróneamente, que la sola implementación de estas herramientas, conllevaría a la solución de sus "males". Esto es, las TICs no han sido pensadas y diseñadas como un medio que facilite el "buen gobierno". De allí que muchas veces suceda que la sola implementación de estas herramientas no genere una mejora en el funcionamiento de la administración.

Los esfuerzos deben estar orientados a lograr que las TICs sean herramientas propicias para que la Administración actúe con eficacia y eficiencia. De este modo, Francisco Javier Sanz Larruga[6] sostiene que "el avance de las nuevas tecnologías ha tenido una influencia decisiva, precisamente porque su incorporación a los procesos internos de funcionamiento de las administraciones permite que éstas cumplan sus fines de una forma más eficaz y más ágil. A su vez, la incorporación tecnológica a la Administración puede coadyuvar, sobre todo, a la mejor satisfacción de los derechos e intereses del ciudadano potenciando las actividades de información, atención, comunicación y ayuda".

Por su parte, Balbín opina que un "buen gobierno", entendido como una administración más eficiente, implica la reformulación de sus principios, reglas e institutos desde los derechos sociales; la redefinición del vínculo entre Estado y Sociedad y su impacto en el derecho administrativo, así como también una administración de diálogo y consenso[7]. Para el jurista, el rol entre Estado y administrado actualmente ha cambiado. El administrado ha dejado de ocupar el lugar de súbito para pasar a ser "un ciudadano", entendido como un sujeto de derecho. Por eso sostiene que el derecho administrativo del siglo actual debe enmarcarse en el Estado Social y Democrático de Derecho, y no en el Estado Liberal del Derecho. Las bases actuales deben ser división de poderes, legalidad, derechos individuales, derechos sociales, nuevos derechos, control judicial, incorporación de nuevas herramientas tecnológicas, participación y consenso[8].

---

5 ARAGUAS GALCERA, I., "La administración", op. cit, p. 125.

6 SANZ LARRUGA F. J., "Las bases jurídicas de la "Administración electrónica" en España: el uso de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas en las Administraciones públicas", Madrid, p. 722.

7 BALBÍN, C. F., Tratado de Derecho Administrativo, Ed. La ley, 2° Edición actualizada y ampliada, 2015, Tomo I, p. 60.

8 BALBIN, C. F., "Tratado…", ob. cit, pp. 57- 60.

El Código Iberoamericano de Buen Gobierno entiende a éste como "aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho"[9].

Para Jaime Arana Muñoz, la persona, ciudadano, administrado o particular, según la terminología jurídico administrativa que se emplee, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intentaba controlarlo, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas. Para el prestigioso catedrático, el desafío reside en construir una concepción más justa y humana del poder en la que, como consecuencia del derecho de los ciudadanos a Gobiernos y Administraciones que cumplan adecuadamente su tarea, las instituciones públicas se conviertan en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general[10].

Sobre este aspecto, es importante remarcar la jerarquía constitucional que revisten en nuestro país los tratados internacionales de derechos humanos, consagrados en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, y el deber de los Estados de garantizar estos derechos. En este contexto, las TICs juegan un papel preponderante, ya que constituyen medios propicios para garantizar, por ejemplo, el derecho al libre acceso de la información, establecido en el artículo 13 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El cumplimiento de este derecho es fundamental para un buen gobierno, ya que abre paso a una democracia participativa y promueve la transparencia en la gestión pública.

Cassagne explica que los mencionados tratados internacionales de derechos humanos han complementado el sistema de protección de los derechos individuales y sociales que consagra nuestra Carta Magna, haciendo preceptiva la aplicación de sus principios a la teoría del acto administrativo, conforme a las técnicas de la ponderación y a las reglas de la razonabilidad práctica[11].

El prestigioso jurista considera además, que en la actualidad la relación entre particulares y la Administración ha sido redefinida, y si tuviera que resumir la ecuación actual del Derecho Administrativo, diría que ya no gira exclusivamente en torno del equilibrio entre autoridad y libertad, sino entre el poder público y la dignidad humana –o si se prefiere entre la autoridad que cumple una función servicial, y la protección de la persona física y jurídica y de sus derechos individuales y colectivos[12].

Por ende, según mi criterio, un "buen gobierno" es aquel que pone como eje al ciudadano, entendido éste como un "sujeto de derechos", y a su vez, posiciona al Estado en el lugar de "servidor", siendo capaz de resolver con eficacia las más variadas necesidades que el ciudadano pueda tener. En este plano, las TICs deben ser herramientas que aseguren la eficacia de la administración,

---

9 Código Iberoamericano de Buen Gobierno, Art. 4, Montevideo, 2006.

10 RODRIGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., El derecho a la buena administración, Conferencia de Apertura II Congreso REDOEDA, Santa Fe, Argentina, 2012, p. 22.

11 CASSAGNE, J. C., "Curso de Derecho Administrativo, 11° ed. actualizada, Tomo I, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 104.

12 CASSAGNE, J. C., "Curso…", op. cit., pp. 104-105.

garantizando el respeto por los derechos humanos fundamentales, como el acceso a la información pública, el control de la gestión pública, la transparencia de las actuaciones administrativas, entre otros.

IV.- Análisis de la eficacia del uso de las TICs en el Decreto 3029/12 que regula el régimen de contrataciones de docentes en Santa Fe:

Corresponde en esta instancia, analizar la eficacia del uso de las TICs en el procedimiento de selección de los docentes de enseñanza media, que se materializa en los concursos de titularización de cargos y horas cátedra, y que regula el mencionado decreto 3029/12.

En primer lugar, en los considerandos de la norma se establece el propósito de la Administración de favorecer cambios en el sistema educativo, acordes a las nuevas demandas sociales, promoviendo mayor equidad y calidad educativa. Así, se pretende que todos los docentes de la Provincia puedan tener un conocimiento certero y claro de la ponderación de sus antecedentes, evitando la dispersión normativa actual, que sólo lleva a la incertidumbre y confusión de quienes son los destinatarios de las mismas. La incorporación del uso de las TICs en los concursos docentes ha sido parte de este cambio.

Vale decir que estas innovaciones en la forma de gestionar, por parte de la Administración, obedecen a una serie de transformaciones que viene llevando adelante el gobierno de la Provincia de Santa Fe desde el año 2008, y que se plasmaron con el dictado de los decretos 692/2009 que "Regula el mecanismo de acceso a la información pública", 1774/2009 que "Crea el Sistema Provincial de información mínima publicable respecto de agentes públicos", y 4174/15 que aprueba el "Reglamento para el Trámite de las Actuaciones Administrativas". Dichas normativas tienen como objeto garantizar la transparencia del obrar de la administración, y el control de la gestión pública. De esta forma se reconocen los derechos a la información y el libre acceso a la misma; los cuales son fundamentales a la hora de consolidar una democracia participativa. Lo expresado se condice con el artículo 34 del Código Iberoamericano de Buen Gobierno que establece que los miembros del Poder Ejecutivo promoverán la creación, la mejora de la calidad y el uso compartido de estadísticas, bases de datos, portales de gobierno en línea y, en general, todo aquello que facilite la labor interna de sus empleados y el mejor acceso de la ciudadanía a la información y los servicios públicos[13].

En segundo lugar, el hecho de que la inscripción de los aspirantes se realice vía web, generando una solicitud de manera virtual, a través del formulario específico, disponible en el Portal Oficial del Gobierno Provincial/Sub-portal de Educación, denota un avance sustancial en lo formal, puesto que incorpora un nuevo soporte, el digital, a través del cual opera la administración.

Así, Araguas Galcera explica que un rasgo característico de la Administración electrónica se encuentra en una utilización intensiva de las TICs, a través del formato digital, desapareciendo prácticamente por completo el papel, soporte hasta ahora típico en la actividad administrativa[14].

13 Código Iberoamericano de Buen Gobierno, Art. 34, Montevideo, 2006.
14 ARAGUAS GALCERA, I., "La administración", op. cit., p. 127.

Resulta positivo este cambio en la forma de inscripción, ya que el mismo conlleva a una modificación de las relaciones entre la Administración y los aspirantes, usando nuevos sistemas de comunicación; y además el uso de internet permite flexibilizar y agilizar la comunicación, mejorando la interacción entre ambas partes.

Nótese, sin embargo, que no se abandona por completo el formato papel; las inscripciones que se realizan vía web deben ser impresas y entregadas en un establecimiento educativo, quedando en poder del aspirante el triplicado con el sello, la fecha y firma de recepción, para el caso de eventuales reclamos. En este punto, considero necesaria y acertada la implementación de esta norma.

En tercer lugar, el hecho de que los escalafones sean publicados vía web, también es importante a la hora de agilizar la comunicación entre ambas partes. En el escalafón se detalla el nombre completo de los aspirantes, su documento de identidad, y el puntaje de calificación obtenido según la ponderación de los antecedentes, discriminando el puntaje según se trate de antigüedad, postítulos, asistencia a cursos, entre otros antecedentes. Así, esta medida contribuye a dar una adecuada publicidad y transparencia al procedimiento de contratación, y también permite la participación ciudadana y el control de la gestión pública.

El procedimiento, a su vez, guarda coherencia con los tratados internacionales de derechos humanos, y con lo prescripto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, que establece que las Administraciones Públicas propenderán, en el marco de la participación ciudadana, a facilitar el acceso a la información y documentos públicos, así como su comprensión, y garantizar la transparencia en la gestión pública[15].

Por último, estimo pertinente que los reclamos o impugnaciones que se efectúen, una vez confeccionados los escalafones definitivos por parte de la Junta de Escalafonamiento, se realicen vía correo electrónico, a la dirección que establezca la administración, siempre y cuando se respeten todos los derechos y garantías de los ciudadanos, que no pueden verse soslayados por este nuevo procedimiento de contratación.

Esto es, las TICs deben contribuir al desarrollo social, económico y cultural, pero por sobre todo, su uso debe garantizar el respeto por los derechos humanos fundamentales como la libertad, igualdad, dignidad, entre otros. De este modo se afianza y consolida una "buena administración".

V.- Conclusiones

Mencioné al comienzo de este trabajo que la aparición de las TICs generó un impacto tal, que ha cambiado los comportamientos sociales, la organización y el funcionamiento del trabajo, la circulación de personas, bienes y servicios, y hasta la actividad recreacional y ocio. Ese impacto no ha sido ajeno al campo del derecho, y en especial, al derecho administrativo.

Lo analizado hasta aquí me permite concluir que la incorporación del uso de las TICs al procedimiento de contratación de docentes, que regula el Decreto 3029/12, constituye un avance signi-

15 Carta Iberoamericana de participación ciudadana en la gestión pública, Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Estoril, Portugal, 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2009 (Resolución No. 38 del "Plan de Acción de Lisboa"), Artículo 34, incisos e) y f).

ficativo de la administración pública santafesina, ya que garantiza que los concursos de titularización de cargos y horas cátedra en el nivel medio revistan caracteres de agilidad, transparencia, publicidad y control de la gestión pública.

Para Isa Fontalvo, "el gobierno electrónico es considerado como una estrategia a través de la cual las entidades gubernamentales pueden alcanzar un nivel de eficiencia y transparencia en las diferentes regiones geográficas, y elevar el nivel de la calidad de vida de cada uno de sus habitantes. Brinda ventajas como la reducción de tiempo en las transacciones que dicha población pueda efectuar, proporcionando de igual manera fácil acceso a los servicios que se ofrezcan, pudiendo resaltar el desarrollo de una sociedad *ad portas* de un mundo totalmente globalizado"[16].

Sin embargo, como ya desarrollé anteriormente, la eficacia de la administración pública o el "buen gobierno", no depende exclusivamente del uso de las TICs. Por el contrario, el desafío actual de la administración radica en saber de qué manera se deben utilizar estas herramientas para lograr una mayor eficiencia y eficacia en el funcionamiento de sus diferentes órganos; y además, cómo garantizar que las nuevas tecnologías brinden seguridad jurídica y transmitan confiabilidad a los ciudadanos.

A modo de ejemplo, las TICs abren paso a la "buena administración" cuando se brinda una Internet más rápida, barata y segura; se invierte en las personas y en su formación, y se generan políticas desde el Estado para estimular el uso de internet.

Por ello, el esfuerzo de la administración debe estar orientado en fomentar políticas públicas dirigidas a la continua capacitación de sus funcionarios y empleados, e incentivar a los ciudadanos en el uso de las tecnologías para que se sientan confiados y seguros en el espacio virtual. En este sentido, observo que la Provincia de Santa Fe ha comenzado a transitar este camino con el dictado de diferentes normativas como los decretos 692/2009 que "Regula el mecanismo de acceso a la información pública", 1774/2009 que "Crea el Sistema Provincial de información mínima publicable respecto de agentes públicos", y 4174/15 que aprueba el "Reglamento para el Trámite de las Actuaciones Administrativas".

Claro que todos estos cambios son paulatinos y conllevan, por un lado, a una inversión del Estado en tecnología y educación para el uso de las TICs (en especial hacia los sectores más vulnerados de la ciudadanía), y por el otro, nos llevan a la reflexión de que somos parte de una "nueva cultura", que modifica las bases sobre las que se asienta la administración pública.

16 Issa Fontalvo, S. M., "Gobierno electrónico para la reducción de la brecha digital", en Revista Ingeniería Solidaría, vol. 6, núm. 10, 2010, p. 103.

EL DERECHO A UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD: sistemas de gestión y sostenibilidad en la contratación pública

Milton Hernan Kees
Prof.Adjunto Regular, Derecho Civil III, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional del Comahue (Arg.)

Analia Andrea Dabus
Abogada. Especialista en Derecho Administrativo.
Especialista en Derecho Laboral.

El problema del ejecutivo para entender y utilizar la fuerza laboral lo constituye el hecho de que la gente no se interesa en hacer algo sólo porque se le ha dicho que lo haga. PHIL CROSBY

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho a una Administración Pública de Calidad es un concepto relativamente nuevo, aunque lo verdaderamente nuevo no es la aspiración a un buen gobierno sino la elevación a rango de derecho de esta aspiración.

De hecho, la buena administración y el deber del buen gobierno se encuentran en las bases históricas, filosóficas y deontológicas de la administración pública. Aristóteles por ejemplo entendía que es mandatorio para el hombre de estado *ser capaz de mejorar la organización de un gobierno ya constituido*[1].

En suma, se trata de una idea abstracta de antigua data que fue positivizada y elevada a rango de derecho o, lo que es lo mismo, es un concepto que mutó de una premisa deontológica a un precepto jurídico, sea que se entienda a este derecho como un principio o como un derecho subjetivo.

En el presente trabajo pretendemos revisar algunos conceptos vinculados con este derecho, revisar algunos modelos de gestión de la calidad y mostrar a estos sistemas como una forma dematerializar la buena administración de la contratación pública.

II. DERECHO A UNA ADMINISTRACIÓN DE CALIDAD. RECEPCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL.

El derecho a una AdministraciónPública de Calidad comienza a ser moldeado primero en diversas normas del denominado *soft law* administrativo (o recomendaciones vinculadas con la reforma del

1 AZCARATE PATRICIO, Obras de Aristoteles, tomo 3 pags.17-21, disponible en http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03.htm, Fecha de consulta 12/03/2017.

Estado) entre las cuales, sin ánimo de agotar los ejemplos, podemos citar en el ámbito Europeo, alas recomendaciones dadas por el Consejo de Europa como la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración la que incluye varias sugerencias a los Estados Miembros para promover la buena administración[2] o al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa(2001) o a la ley Española 19/2013 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno es otro ejemplo que eleva a rango de derecho el paradigma del buen gobierno.

También diversas leyes locales de estados autonómicos preven este derecho, así*, la ley Catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuyo artículo 22 recoge explícitamente un Derecho a una buena administración. En Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, también se refiere a los principios de buena administración*[3].

En Latinoamérica podemos citar en sentido similar a la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión PúblicaAdoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana, del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo[4] (CLAD) en el año 2008.

Incluso algunas constituciones, como la de Italia[5]o la de Costa Rica[6] contemplan el buen funcionamiento de la administración o establecenque las administración debe ser eficiente.

La normativa federal de Argentina, no tiene una recepción expresa del derecho al buen Gobierno, aunque si es un derecho implícito que se vincula centralmente con el principio de eficacia que se encuentra expresamente reconocido en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo Nº 19.549.

En este punto es importante tener en cuenta que aunque no tenga recepción expresa este derecho en un determinado cuerpo normativo, puede afirmarse que igualmente es implícito en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pues estos preven diversos mecanismos y dispositivos para que los ciudadanos puedan obtener una respuesta en un plazo razonable, o exigir que los actos

---

2 JULI PONCE SOLÉ, "Transparencia y derecho a una buena administración",XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10-13 nov. 2015, disponible en http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E98CB19203DD3F1705258096005F9F77/$FILE/poncejul.pdf. Fecha de consulta, 22/03/2017.

3 JULI PONCE SOLÉ, "Transparencia y derecho a una buena administración",XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10-13 nov. 2015, disponible en http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E98CB19203DD3F1705258096005F9F77/$FILE/poncejul.pdf. Fecha de consulta, 22/03/2017.

4 CLAD, es un organismo público internacional, de carácter intergubernamental, su creación fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2845 - XXVI) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas, un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social.

5 Art. 97.*Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la Ley, de tal modo que se garanticen su buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración. En la disposición de los cargos se especificará su ámbito de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios.A los empleos en la Administración Pública se accede mediante oposición, salvo los casos que la Ley establezca.*

6 Artículo 191.*Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.*

de gobierno sean motivados, y más en general, a reclamar al estado la insatisfacción de determinadas necesidades o exigir una "tutela administrativa efectiva" concepto este que, en palabras de Gutiérrez Colantuono, es el nombre latinoamericano de la buena Administración[7].

Poco más compleja parece la tarea de discernir si el derecho que estamos analizando se trata de un verdadero derecho subjetivo o si se trata de un mero principio orientador de la actividad pública. En este sentido si bien es profusa la jurisprudencia que reconoce el buen gobierno o la buena governanza, en general los precedentes jurisprudenciales donde se lo invoca, sirven para limitar la actividad discrecional del estado.

En este sentido *el Tribunal Supremo Español y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas ya se han referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración (PONCE, 2008). Esta jurisprudencia insiste en la necesidad de desarrollar una diligencia debida en la ponderación de hechos e intereses relevantes en la toma de la decisión y que la misma quede plasmada en el expediente y la motivación de las decisiones públicas*[8].

En argentina existen algunos precedentes jurisprudenciales vinculados al buen gobierno, así en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Argentina, encontramos menciones del buen gobierno en*leading case* "cocchia", relacionado con la justificación de la delegación legislativa–, y en "Enrique, Héctor c/ Provincia de santa Fe" –caso de empleo público–, aunque ,según lo afirma Moscariello, las referencias que hace el alto tribunal en estos precedentes se relacionan con cuestiones de mérito político –haciendo abstracción del contenido jurídico–[9].

III. EL CONCEPTO DE CALIDAD Y DE CALIDAD TOTAL.

Lo cierto es que hablar de buen gobierno o de calidad en los servicios y contrataciones implica una revisión de lo que debemos entender por calidad.

El término castellano "Calidad" está definido por la Real Academia Española de la Lengua como: *conjunto de cualidades que constituyen la manera de ser de una persona o cosa*(R.A.E. 2002).La *International Standar Organization* (ISO) (*en su norma 8402*), define la calidad como*el conjunto de características de una entidad que le confieren la aptitud para satisfacer las necesidades establecidas o implícitas*.

No obstante, al vincular este concepto con el gerenciamiento de la calidad veremos que la definición de calidad ha mutado en el último siglo. En su enfoque cronológico el concepto de calidad ha atravesado cuatro etapas fundamentales: control de calidad por inspección, aseguramiento de calidad, calidad total y mejora continua[10], las últimas etapas en la evolución de este concepto

---

7 Citado por MOSCARIELLO, AGUSTÍN R., "El principio de la buena administración", Diario El Derecho, Serie Administrativo, 28/02/2013.

8 JULI PONCE SOLÉ, "Transparencia …", Op.Cit.

9 MOSCARIELLO, AGUSTÍN R, "Buena Administración y Buen Gobierno en el Derecho Argentino: El rol del abogado del Estado", Facultad de Derecho,Universidad Panamericana, disponíble en https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/viewFile/2762/2596, Fecha de consulta 23/03/2017.

10 CUBILLOS RODRÍGUEZ MARÍA CONSTANZA,ROZO RODRIGUEZ, DIEGO, "El concepto de calidad: historia, evolución e importancia para la competitividad", Revista Universidad de La Salle, Nro 48,2009, Pag.88.

entienden que la calidad no se obtiene solo con aplicar debidos controles a un producto o servicio, sino, antes bien, implica la transformación de toda la organización y, además es un concepto dinámico y evolutivo. Es lo que se ha llamado "Calidad Total" (o TQM por sus siglas en Ingles, T*otal Quality Management*).

Esta nueva visión de la calidad enfoca en el aspecto humano (en contraposición al enfoque técnico y estadístico que dominó durante gran parte del siglo pasado).

Por ello, tomando en cuenta este concepto evolutivo donde la calidad se extiende al factor humano y tiñe a toda la organización, el *Deming Prize Committee de la Union of Japanese Scientists and Engineers* (JUSE) en 1998 entiende que un sistema de calidad total (GCT)*es un conjunto de actividades sistemáticas conducidas a través de toda la organización para alcanzar eficaz y eficientemente los objetivos de la compañía, así como para proveer productos y servicios con un nivel de calidad que satisfaga a los clientes, en el tiempo y al precio apropiados*[11].

En lo que nos interesa, esta nueva visión de la calidad entiende que solo puede mejorar la calidad de un servicio o producto si mejora la calidad global de la entidad que lo ofrece.

IV. LA GESTIÓN DE LA CALIDAD TOTAL.

El movimiento de la Gestión de Calidad Total o GCT (también llamada TQM, *Total Quality Management*) tiene su origen en el trabajo de los ingenieros norteamericanos W. Edwards Deming y Joseph M. Juran en Japón, tras la Segunda Guerra Mundial y presenta como ideas principales: (a) la aspiración a cero defectos (típica, por ejemplo, de la metodología denominada seis sigma); (b) la implicación de las personas de la organización en la toma de decisiones; (c) la eliminación de actividades despilfarradoras; (d) el trabajo en equipo; (e) la polivalencia; (f) el estrechamiento de la relación con proveedoras y proveedores (esto supone el sistema denominado *just in time*); y (g) la mejora continua (Fantova, 2005)[12].

No obstante estar claras estas ideas, al momento de definir a la gestión de la calidad se encuentra alguna dificultad, pues en su esencia *es un constructo multidimensional sobre la cual no existe una definición comúnmente aceptada*[13].

Por ello, señalan Camison, Cruz y Gonzalez[14] que *la calidad va más allá de su concepción como un conjunto de técnicas y procedimientos, para convertirla en un nuevo paradigma de la dirección (Bounds et al., 1994; Broedling, 1990). La misma consideración le merece a Feigenbaum (1951: XXI-XXII), para quien «la calidad es en su esencia una forma de dirigir la organización», agregando que «el control de calidad es mucho más que una agrupación de proyectos técnicos y actividades de motivación, sin ningún enfoque directivo claramente articulado»*.

---

11 ROXANA MARTINEZ S. "Modelos para la implementación de la gestión de la calidad total en las pymes Latinoamericanas, Revista Gestión y Gerencia", Vol. 5 No. 1 Abril 2011, Pag.75

12 ROXANA MARTINEZ S., "Modelos para la implementación de la gestión de la calidad total en las pymes Latinoamericanas",Revista Gestión y Gerencia, Vol. 5 No. 1 Abril 2011, Pag.75

13 CUBILLOS RODRÍGUEZ MARÍA CONSTANZA,ROZO RODRIGUEZ, DIEGO, El concepto de calidad: historia, evolución e importancia para la competitividad, Revista Universidad de La Salle, Nro 48,2009, Pag.88.

14 CAMISÓN CESAR, CRUZ SONIA, GONZALEZ TOMÁS, Gestión de la Calidad: conceptos, enfoques, modelosy sistemas,Pearson Educación S.A., Madrid, 2006, Pag. XXVII

En suma, si vinculamos estas nociones del sistema de gestión de la calidad, con la definición de calidad total que acabamos de esbozar podremos concluir que el sistema de gestión de calidad es la forma de dirigir una entidad y organización en todos sus niveles con la finalidad de lograr el aumento constante de la satisfacción de los clientes o ciudadanos (si aplicamos el sistema a una entidad Pública), con una disminución permanente de los costes reales.

Además podemos apuntar que gestionar la calidad implica adoptar y planificar la aplicación de determinadas herramientas de gerenciamiento para obtener los resultados esperados.

V. MODELOS DE DESARROLLO DE CALIDAD.

Los modelos de Gestión de la Calidad son marcos que brindan consejo y guía sobre cómo operativizar y poner en práctica los principios, las prácticas y los métodos de control, gestión y mejora de la calidad, desde un cierto enfoque. Ofrecen asistencia en la identificación de los elementos que un sistema de gestión de calidad (SGC) debe abarcar, en los principios que deben inspirar su diseño y puesta en práctica, así como en la manera de implantarlo y actualizarlo[15].

Por ello, un SGCcongloba procesos de autoevaluación, fijación de objetivos y de estrategias para alcanzarlos, determinación de políticas, estructuras, recursos y capacidades, métodos y sistemas de trabajos, medición de objetivos, definición de perfiles de puesto, y sobre todo la implementación de ciclos de mejora continua.

Existen cientos de entidades organizaciones públicas y privadas destinadas a promover la calidad en proceso públicos o privados de producción e bienes o servicios y también existen diversos modelos de gestión de la calidad que responden a distintas idiosincracia.

Los modelos más conocidos son aquellos en que se basan los diferentes premios internacionales a la calidad y los que se centran en la certificación de un sistema normativo.

En cuanto al primer grupo, es decir a los modelos que se basan en premios internacionales a la calidad, los mas conocidos y extendidos son el Modelo Deming Prize, (Japón), al Modelo Malcolm Baldrige, soporte del *Malcolm Baldrige Quality National Award* (Estados Unidos), y al *Modelo de Excelencia de la European Foundation for Quality Management* (EFQM), estructura de base para la presentación al *European Quality Award.*

Además de estos modelos podemos mencionar a otros que son derivaciones de los anteriores, como el modelo del FUNDIBEQ iberoamericano (derivado del EFQM).

Estos modelos son referenciales, pues estos grandes premios internacionales mencionados se complementan con otros reconocimientos de ámbito nacional o regional, de hecho, un enorme número de países poseen premiaciones a la calidad a modo de fomento, como acontece en España con el Premio Príncipe Felipe a la Excelencia Empresarial o el El premioCiudadanía a la Calidad de los Servicios Públicos creado por el Observatorio para la Calidad de los Servicios Públicos (OCSP).

---

15 CAMISÓN CESAR, CRUZ SONIA, GONZALEZ TOMÁS, "Gestión de la Calidad …" Op.Cit, Pag. 345.

Si bien cada sistema tiene rasgos diferenciadores, en esencia, las diferencias de los sistemas basados en premiaciones no son sustanciales entre unos y otros, pues todos los modelos han surgido como refinamientos del modelo Deming Prize y cuentan con similares características y elementos. Las diferencias apreciables entre unos y otros son el número de principios en cada uno.

Cada uno de ellos propone un modelo distinto aunque podemos afirmar que la particularidad que tienen en común es que son un camino para la integración de sistemas de gestión, exigen que la entidad se auto-evalúe y centralmente que se tome conciencia sobre la importancia gestionar la calidad del servicio o producto que se brinda.

El principal propósito de estos modelos es efectuar un reconocimiento a aquellas entidades que son ejemplares en Gestión de la Calidad, aportar un método para medir el progreso de una organización hacia la GCT o TQM y además, fomentar el mejoramiento de la organización y la búsqueda de la excelencia y, obviamente, difundir las buenas practicas a sus clientes o a la sociedad, en el caso de los entes públicos. En este último caso, creemos que se trata de una forma de rendir cuentas también respecto del manejo de la cosa pública

A la par de estos modelos no prescriptivos, se erigen los modelos normativos, que se orientan específicamente a mejorar la calidad interna de una empresa y a buscar que esta se adapte a ciertos estándares fijados por una norma.

El más conocido de estos sistemas es el de la Organización Internacional de Normalización (o ISO por sus siglas en inglés*International Organization for Standardization)*[16]. Particularmente la familia de normas ISO 9000 tiene como finalidadcertificar a las empresas públicas o privadas donde se asegure un nivel mínimo uniforme de calidad adecuado a esas normas.

La gran diferencia con los modelos apuntados más arriba es que el estándar ISO 9000 (y específicamente el ISO 9001 que es el único de la familia 9000 que puede ser certificado) es que este ultimo modelo establece un modelo más rígido y prescriptivo y no concede premios sino genera una certificación que, en si misma, es un valor agregado distintivo que acredita que la entidad certificada se adecua a los estándares de la norma.

Se tata de una marca de calidad que está compuesta por una serie de normas diseñadas por la ISO que regulan el proceso de diseño, implantación y certificación del SGC de la organización y a la cual debe adecuarse la entidad que busca la certificación.

También existen normas regionales, como las Normas Europeas (EN) y normas nacionales como las UNE (España) o las IRAM (Argentina).

Debemos tener presente que los dos tipos de modelos de gestión no se tratan de sistemas excluyentes pues muchos modelos basados en premios requieren o evalúan también la adecuación de la organización a un sistemas normativos, tal como acontece por ejemplo en España con los Premios Príncipe Felipe a la Excelencia Empresarial, donde, entre otros aspectos, se evalúa el cumplimiento de las Normas UNE-EN ISO 9001:2000.

---

16 La Organización Internacional de Normalización (o ISO por sus siglas en inglés*International Organization for Standardization*) es una organización para la creación de estándares internacionales con sede en Ginebra, Suiza y esta integrada por diversas organizaciones nacionales de estandarización. Esta entidad promueve el uso de estándares propietarios, industriales y comerciales a nivel mundial.

VI. LOS MODELOS LATINOAMERICANOS Y LA IMPLANTACIÓN DE LA CARTA IBEROAMERICANA.

En relación a la formulación de modelos de GCT en America Latina según el Centro Latinoamericano para la Administracion y el Desarrollo (CLAD), los únicos que han creado modelos propios son Mexico y Brazil, los demás países utilizan versiones traducidas del modelo Malcolm-Baldrige (casos Ecuador, Chile, Costa Rica, y Perú), otros usan adaptaciones de este modelo (Argentina y Colombia) y otros como el Dominicano utilizan el Marco Común de Evaluación (CAF) de la UE[17].

Si bien ha diferencias entre los avances y despliegues de estos modelos en America Latina su común denominador es que la mayoría de los países latinoamericanos han tomado al modelo de Denim Prize y al de Malcolm-Baldrige como modelos de referencia para sus premios nacionales a la calidad y también difundido la certificación de las normas ISO en diversos entes estatales[18].

Debemos apuntar aquí que la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestiónno se abroquela a un modelo sino que lo deja librado a sus miembros, *La implementación de los principios y orientaciones deberá adaptarse a a la diversidad de las naciones Iberoamericanas* (Preámbulo) aunque obviamente recomienda la adopción de modelos de excelencia como los mencionados.

Argentina por ejemplo implementó en el año 1994, mediante el dictado de la ley Ley N° 24.127, el Premio Nacional a la Calidad aplicable tanto para el sector público como para el privado aunque luego ha promovido premiaciones a la calidad orientadas especialmente para el sector público. Así, actualmente, se encuentra vigente el Premio Nacional a la Calidad Judicial y el Premio Nacional a la Calidad en el Sector Público. En ambos casos se trata de reconocimientos simbólicos (no económicos) que buscan las mejoras continuas de la calidad en la producción de bienes y servicios de los tres poderes del Estado.

VII. LA SGC APLICADA A LA CONTRATACIÓN PUBLICA. LA COMPRA PUBLICA SOSTENIBLE. NORMA ISO 20400

Específicamente vinculando estos conceptos con la contratación pública obtenemos que la implantación de modelos de gestión aplicados a la contratación y la estandarización de modelos pueden contribuir al eficazmente a mejorar la calidad contractual y los procesos de contratación publica y, a su vez constituirse como una forma específica de aportar al derecho a una administración pública de calidad.

Ahora bien, creemos que la búsqueda de la buena administración en la contratación pública no solo debería apuntar a la mejora en los sistemas de gestión o aplicación de modelos de excelencia en las oficinas de contrataciones sino también debería propugnar por ser una contratación sostenible.

---

17 TENORIO, LUIS Y RIOS SALVADOR, "Metodología para el Diagnostico de la Implantación de laCarta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Publica" CLAD, Disponible en http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0065303.pdf, fecha de consulta 22/03/2017.

18 En este sentido diversas provincias Argentinas han certificado la Norma ISO 9001:2008 procesos vinculados con las contrataciones, así podemos citar a la La Dirección de Compras y Contrataciones de Cordoba, de Salta , San Luís entre otras provincias Argentinas que han certificadocentralmente sus Registros Oficiales de Proveedores y Contratistas del Estado.

La Contratación sostenible es un proceso mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, obras y servicios de manera que se logra una relación calidad-precio en términos de la generación de beneficios no sólo para la organización sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que minimiza el daño al medio ambiente[19].

Se considera que las compras públicas representan entre un 15% y 30% del PBI de un país, según un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente(PNUMA)[20], este mismo informe sostiene que los beneficios para los Estados de establecer una política de Compras Sustentables, implica: Mejora prácticas ambientales y sociales; Desarrolla mercados y capacidades para productos y servicios sostenibles ygenera Reducción de costos;

La búsqueda de un SGC que empodere a la política de compras sostenible es claramente una puesta en valor y forma de materializar procesos de mejora de prácticas ambientales y económicaspero también sociales, pues no solo incide en lamejora de costos, contribuye al desarrollo de mercados y capacidades para productos sino que incluso puede ser un motor para el desarrollo de políticas de inclusión social, por ejemplo, a través de la incorporación al circuito de proveedores del estado de de grupos vulnerables o de empresas respetuosas de la perspectiva y equidad de genero, o del fomento del trabajo cooperativo .

En este sentido, creemos oportuno traer a colación la norma ISO 20400 de reciente aprobación (marzo,2017), pues proporciona directrices asequibles y diversas herramientas para que las organizaciones gubernamentales integren la sostenibilidad en sus procesos de compra.

Esta norma es un verdadero hito en los procesos normativos internacionales pues es la primera norma internacional para la compra sostenible. Busca constituirse como un proceso de normalización de las compras con el objetivo de proveer a las organizaciones herramienta y estrategiaspara integrar el desarrollo sostenible al proceso de compra.

La norma ISO 20400 contiene recomendaciones[21], es decir que se trata de una norma de orientación, no un estándar de requisitos por lo que si bien no es certificable, si puede efectuarse un criterio de evaluación por un experto a los fines de determinar la adecuación de un determinado sistema de compras a la norma.

Se trata de una normativa de avanzada que integra criterios éticos, sociales, ambientales, de igualdad de género, y de salud y seguridad en las políticas y prácticas de compra y que incluso preve el respeto y protección de los derechos humanos en los procesos de compra.

---

19 Definición adoptada por el Grupo de Trabajo sobre Compras Públicas Sostenibles encabezado por Suiza (los miembros incluyen Suiza, EE.UU., Reino Unido, Noruega, Filipinas, Argentina, Ghana, México, China, República Checa, Estado de Sao Paulo (Brasil), el PNUMA, IISD, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Comisión Europea (DG-Medio Ambiente) y el Consejo Internacional para las Iniciativas Ambientales Locales (ICLEI) y adoptada en el marco del Proceso de Marrakech sobre Consumo y Producción Sostenibles dirigido por el PNU- MA y UN-DESA.

20 Implementando Compras Públicas Sostenibles – Introducción al enfoque del PNUMA- ISBN 978-92- 807-3291-7, disponible en http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/compras_públicas/SPPguidelines_SP_27_07_12.pdf, Fecha de consulta 22/03/2017.

21 Esta norma se estructura sobre 9 principios fundamentales, Rendición de cuentas, Transparencia, Comportamiento ético, Respeto de los intereses de las partes interesadas,Respeto del estado de derecho y las normas internacionales de comportamiento,Soluciones transformadoras e innovadoras,Foco en las necesidades,Integración, Coste global.

VIII. CONCLUSION.

a) Por primera vez podemos avizorar que *el Derecho tiene que ver con la calidad y tiene un papel propio en la promoción de ésta, como expresa ahora la obligación jurídica, de desarrollo de una buena administración (Cluzer-Métayer), L., Le service public et l´exigence de qualité, Dalloz, 2006)*[22] y ese aserto justifica con holgura el porque es necesario hablar de calidad y de gestión en un encuentro de Derecho Administrativo.

b) La implementación de un SGC se revela como un instrumento básico para promover una mejora en la gestión de los servicios públicos, para una racionalización de los recursos del Estado, y desde ya se constituye como una herramienta que fortalece los sistemas democráticos .

c) No es posible afirmar que un sistema es mejor que otro o diseñar un modelo que se adapte a cualquier organización. Cada organización tiene que diseñar una metodología de acuerdo a su propia realidad, pues la implementación e un SGC debe partir desde la realidad de la entidad y de la sociedad en la que está inserta, aunque desde ya que la postulación a un premio de calidad o la estandarización y normalización de un ente bajo la certificación de una norma Internacional como la ISO se muestran como herramientas eficaces para ello.

d) Existen modelos de gestión de calidad diseñados específicamente para el sector publico (como el CAF[23], Ciudadanía, EVAM[24] y UNE-ISO 9001:2008) que pueden adaptarse mejor que los procesos de certificación de calidad de la ISO ya que tuvieron un diseño específico para entidades públicas.

e) Los SGC basados en premios carecen de un ciclo de mejora continua ya que es un análisis estático de una entidad “en un momento determinado”, lo cual, según lo vemos es un aspecto a tener en cuenta ya que otros sistemas, como la norma ISO, se apoyan en el ciclo de mejora continua para lograr las rectificaciones.

f) El diseño de normas de evaluación especificas aplicables para Ayuntamientos, Municipios o Gobiernos Provinciales destinadas a desarrollar planes y políticas a largo plazo y para efectuar evaluaciones integrales del Gobierno, como la norma Norma UNE 66182 (Guía para la evaluación integral del Gobierno Municipal) son alternativas metodológicas asequibles y prácticaspara los gobiernos y si bien no se tratan verdaderos modelos de excelencia (como la ISO) pueden servir para garantizar requisitos mínimos que han de cumplirse en cada entidad.

g) La aplicación de SGC normativos a los procesos de compra del Estado deben ser integrados con gestiones de contratación socialmente responsable como formas de desarrollo de la inclusión social.

h) La Norma ISO 20400 es una propuesta a considerar para la incorporación de buenas prácticas de gestión socialmente responsable en lacontratación dentro del estado.

---

22 Citado por JULÍ PONCE SOLE, “Derecho público y buena administración”, Revista Jurisprudencia Argentina, AbeledoPerrot, disponible en http://thomsonreuterslatam.com/2012/05/22/doctrina-del-dia-derecho-publico-y-buena-Administración/, fecha de consulta 23/03/2007.

23 Por sus siglas en Ingles *Common Assessment Framework*, promovido por la EUPAN (Red Europea de Administración Pública).

24 El modeloEVAM, (específicamente para España)por sus siglas: Modelo de Evaluación, Aprendizaje y Mejora, creado por Real Decreto 951/2005.

CLÁUSULAS SOCIALES A LA DISCAPACIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Paloma Caneiro González
Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano de la UDC y Becaria "Oportunidad Talento" de la Fundación Once en los años 2014 y 2015.

I.- Introducción

El estudio de las barreras a la discapacidad en la contratación pública obliga a centrar la atención en algún momento en las cláusulas sociales. Procede, entonces, introducir este campo de estudio respondiendo a las cuestiones más básicas:

¿Qué son las cláusulas sociales? El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no define este concepto. Únicamente establece en su artículo 25 acerca de la "*Libertad de pactos*" lo siguiente: "*1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.*" Por su parte, el artículo 118 de este mismo cuerpo normativo: "*condiciones especiales de ejecución del contrato*"; menciona "*consideraciones de tipo social*". Sin embargo, pese a que este artículo sólo refiere a la parte ejecutiva del contrato, se debe tomar como referencia una definición más amplia. Así, la plasmada en el nº 7 de la Revista Cermi de Marzo-Junio 2010, ya usada por la Fundación Gaztelao 2002, define cláusula social como "*la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (…), como elemento de valoración (…) o como obligación (…)*". En resumen, se trata de un mecanismo que promueve la contratación de personas con discapacidad.

¿Cómo se desarrolla? Plasmando en el pliego de condiciones para la contratación determinados requisitos o criterios que favorezcan la inclusión social y laboral de estas personas.

¿Cuál es el motivo de existencia y promoción de estas cláusulas? La contratación pública responsable y la exclusión social que sólo mediante el establecimiento de medidas de discriminación positiva logra equilibrar la balanza o al menos, favorecer una igualdad efectiva. En este sentido, viene a la memoria el perjudicial concepto médico que se usaba de las personas con discapacidad y que tanto daño ha hecho, el cual no se puede decir que se ha extinguido por completo aunque sí decaído dejando paso al concepto social. Este es uno de los motivos, entre muchos, por el que estas medidas son más que necesarias a fin de corregir las situaciones de desigualdad

y llevan consigo el correlativo añadido que tienen la capacidad de generar empleo estable, significándose beneficios tanto para la administración pública, como para el colectivo desempleado y para la sociedad.

II.- Normativa y su Aplicación

La normativa más destacada en el ámbito de las cláusulas sociales es la europea: - Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, -Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y -Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Todo ello, consecuencia de la Estrategia Europea, lo que ha impulsado cambios y/o incorporaciones en la normativa, prácticas españolas, así como en su estrategia de responsabilidad social.

Un desarrollo más exhaustivo de las cláusulas sociales (y obviando una explicación del régimen competencial español) se observa a nivel autonómico. Mencionar algunos textos:Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra; Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Contratos del Sector Público de Aragón; Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública (país vasco); Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación; Anuncio de la Consejería de Economía e Infraestructuras de licitación para la contratación del servicio de mantenimiento integral y gestión técnica del edificio Morerías, sede de varias Consejerías de la Junta de Extremadura en Mérida, con la inclusión de Cláusulas Sociales de 8/11/2016; Directrices sobre contratación pública responsable en el Ayuntamiento de Sevilla publicadas tras la Directiva 2014/24/CE; Informe 16/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 4 de noviembre de 2015.

Los efectos positivos de la incorporación de cláusulas sociales no se han hecho esperar y en el Blog de la Fundación Once, D. Javier Blanco Diez- Gerente del Foro de Contratación Socialmente responsable afirmó: "*Durante el último año, en Castilla y León se ha duplicado la contratación en reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo. (...)El volumen de la reserva a Centros Especiales de Empleo en Aragón para el año 2014 fue de 1.821.629,28 por lo que hay que señalar que (...) su contratación de personas con discapacidad ha crecido, (...) Podemos citar también como ejemplo a la Generalitat de Catalunya que realiza cada año su reserva social de contratos públicos. (...)*."

Sin embargo, "no es oro todo lo que reluce". El desarrollo, aplicación y obligatoriedad de las cláusulas sociales continua en un estado muy primitivo y no han logrado una implantación tan generalizada o efectiva como debieran. Asimismo, el favorecer la contratación de personas con discapacidad no suple la desigualdad existente en las condiciones de esa contratación.

III.- Conclusiones

En resumen, las cláusulas sociales a la discapacidad en la contratación pública son mecanismos que fomentan la contratación, trayendo consigo diversos beneficios tanto para la Administración como para la población en general. Favorecen la consolidación del modelo social en el ámbito de la discapacidad que se ha implementado durante las últimas décadas, así como la integración e igualdad de las personas con discapacidad que sólo se puede lograr mediante la implementación de medidas de discriminación positiva en determinados ámbitos, como es el laboral. Pese a que, prosperaría una generalización de las clausulas sociales con resultados muy positivos, ello solo sería posible a través de una regulación centralizada más rígida.

LA NECESIDAD DE REFORZAR LOS MECANISMOS DE SUPERVISIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Por: Percy Orlando Mogollón Pacherre
Magíster. Docente universitario
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo

Resumen: En los últimos meses, el Perú se ha visto involucrado en el escándalo de corrupción de funcionarios públicos en la ejecución de contratos para la realización de obras públicas protagonizados por el conglomerado empresarial formado por la trasnacional brasileña ODEBRECHT y sus empresas vinculadas. Asimismo, se ha llevado a cabo también desde el 2014 un intento de reforma y supuesta mejora de los mecanismos de contratación estatal a través de la publicación de la reciente y nueva ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento. Todo esto supone un intento por establecer una serie de medidas que permitieran proscribir la corrupción de funcionarios, pero que al perecer aún resultan ser insuficientes. Por esta razón, la presente comunicación pretende analizar la necesidad de fortalecer la supervisión, y de proponer algunas alternativas para lograr dicho objetivo.

1. PANORAMA DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

En el presente milenio, se ha hecho evidente el creciente desarrollo de las obras de infraestructura. Concretamente, el Perú, ha sido uno de los países de América Latina en el que los sucesivos gobiernos han realizado obras públicas de gran envergadura a través de diferentes mecanismos de contratación, que van desde la licitación de obras públicas hasta las APPs (Asociaciones Público Privadas). Esto implica una creciente colaboración y relación contractual entre el sector privado y Estado, un binomio que sin duda, bajo un eficiente trabajo de gestión, produce excelentes beneficios y resultados, esto es: Se dinamiza el sector privado que obtiene beneficios económicos derivados de dichos contratos, y por otro lado, el Estado ve satisfecho el interés público, más aún cuando se satisface el componente social.

Sin embargo, este auspicioso y boyante desarrollo en obras públicas, no ha estado exento de los vicios y riesgos que acechan a la Administración Pública cuando del manejo de fondos públicos se trata. Desde hace algunos años atrás, se han convertido en moneda corriente los casos de corrupción de funcionarios públicos no solo a escala de mandos medios, si no, y sobre todo, a nivel de principales funcionarios del Estado, de tal forma que muchas autoridades representantes principales de los 3 estamentos o niveles de gobierno constitucionalmente reconocidos se encuentran siendo investigados, procesados, y algunos condenados por casos de corrupción;

casos que demuestran una realidad sobre la gestión pública que, lejos de ser actual, se ha manifestado como un cáncer que viene socavando desde hace varias décadas las entrañas de la administración estatal.

Al respecto, y para tener solo un atisbo sobre el real panorama que contamina a la Administración Estatal, el caso más mediático y escandaloso de corrupción de funcionarios públicos en el Perú, y en Latinoamérica es el caso ODEBRECHT, en el que la trasnacional brasileña ha evidenciado todo el poder de corrupción económica a tal punto que a decir de algunos ministros y principales funcionarios del pasado régimen del ex presidente Ollanta Humala, podía darse el lujo de poner o colocar presidentes en los países en lo que tenían fuerte presencia en cuanto a ejecución de obras públicas de infraestructura.

Este caso involucra las gestiones de los últimos 3 gobiernos (Ex presidentes Toledo, García y Humala) e incluso puede comprometer gravemente al actual mandatario –Pedro Pablo Kuczynski– por su relevante participación al haberse desempeñado como Ministro de economía y Presidente del Consejo de Ministros del hoy prófugo ex presidente Alejandro Toledo. La gravedad del caso comprometió no solo el aspecto político, si no, también el aspecto técnico, propagándose hasta contaminar al organismo regulador encargado de supervisar la infraestructura en Transporte en el país, el OSITRAN, cuyo ex presidente ya se encuentra siendo investigado y procesado por la justicia peruana.

Este panorama brevemente descrito, a mi consideración apunta a señalar que, al menos en el caso peruano, existen serias deficiencias en los mecanismos de supervisión y control que operan sobre la contratación estatal, pero además, que el mismo mecanismo adolece de un problema esencial, ya que de otro modo no se puede explicar las razones por las cuáles durante más de una década no se evidenciaron los serios casos de corrupción de funcionarios y por qué este lacra se enquista e "institucionaliza" llegando a torcer hasta las más altas esferas del poder gubernamental.

En la función administrativa, el ejercicio de privilegios y prerrogativas a favor de los entes de la administración pública conlleva la tutela del interés público; sin embargo estas conductas vulneran directamente todos los bienes jurídicos por los que debe velar la administración produciendo una grave afectación de los fondos públicos y de la finalidad para la cual están destinados. Así se deja de lado la prevalencia de la satisfacción del interés público, que se sacrifica y cede frente a los intereses particulares, no solo de los privados si no, que cede, ante el propio y muy particular interés del funcionario público involucrado.

2. EL RESPETO LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO FUNDAMENTO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Para entender la magnitud de la afectación, se debe considerar lo expuesto por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia N° 020-2003-AI/TC del 17 de mayo de 2004 que al respecto expresa que "la contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones."

Y se entiende que no solo se requiere de una adecuada regulación, tal como lo ha expuesto muy bien el Tribunal Constitucional; además, se requiere que de ciertas cualidades que definan una determinada forma de hacer, una concreta forma de actuar por parte del funcionario público, que es lo que se traduce como la "gestión". Así, "el administrador público debe saber qué se espera de su gestión, de qué forma va a alcanzar los objetivos propuestos, la clase de beneficios que obtendrá y las sanciones que se le aplicarán durante su desempeño".[1]

Por tanto, dado que la norma regulatoria está ya inserta en el ordenamiento positivo, el perfil que debe cumplir el funcionario público, estará más cimentado y afianzado en tanto éste se sustente en el respeto de los principios que sustentan la contratación estatal, porque son "los principios que inspiran la normativa aplicable en materia de contrataciones estatales, los que a su vez determinan el adecuado accionar de la Administración Pública y de los administrados al momento de contratar, de tal modo que se garanticen y satisfacen los intereses de ambas partes. Es así como el respeto a los principios que inspiran la contratación estatal se erigen en el pilar fundamental de la regulación y actuación de la administración pública, y de sus funcionarios en los contratos para la ejecución de obras públicas.

El funcionario público que trasgrede estos principios, no solo atenta contra los recursos y finalidades públicas; también atenta contra bienes que son propios del ámbito privado, dado que en este tipo de contratación, su actuación vinculará estrechamente los intereses del sector público con el sector privado. Por ejemplo, el acuerdo previo de voluntades entre el funcionario y el contratista puede ser nocivo para la libertad de competencia y el libre mercado, ya que al estar ya direccionada la contratación hacia un determinado postor, limita la posibilidad de otros competidores de acceder a la buena pro en el contrato, afectando el libre de mercado, lo que a la larga, genera receso y retraso en el desarrollo de cierto sector de la actividad privada que podría generar mayores beneficios para sí mismo como para los objetivos propios de la contratación.

Esto es precisamente lo que han causado el accionar de los funcionarios de la empresa Odebrecht, a través de las coimas pagadas a funcionarios públicos de los diferentes estratos del gobierno para "capturar" la buena pro de diversas obras públicas y de esta forma asegurarse el otorgamiento de la misma, en favor de sí misma y del grupo de empresas que conforman su entorno. De esta forma tiene sentido la larga saga de participación y presencia en el tiempo de estas empresas en la realización de obras públicas en cada país, en el que inclusive, la contratación se "aseguraba" hasta el más alto nivel del poder estatal: el presidente de la república.

Al respecto, podemos citar que la afectación del libre mercado, vulnera el principio de Libertad de Concurrencia, el cual importa dos ámbitos, siendo el primero de ellos el vinculado a que la entidad obtenga la mejor calidad al menor precio, que es lo que se conoce como eficiencia contractual; y un segundo ámbito en el cual la contratación pública funciona como mecanismo dinamizador del mercado,[2] lo cual es razonable debido a que el Estado es el principal demandante de bienes y servicios del mercado privado, al menos en países como en el Perú, en donde el modelo económico corresponde a una Economía Social de Mercado, aludiendo a los dos grandes agentes que participan en el desarrollo económico: Sector Privado y Estado.

---

1 IVANEGA, Miriam Mabel, Principios de la Administración Pública, Abaco, Buenos Aires, 2005, p.85.
2 Ibídem.

Siguiendo lo anteriormente señalado, se puede concluir, como refiere Ivanega, que al existir pluralidad de postores, y en tanto, éstos tengan suficientes garantías y libertades reconocidas, pueden competir entre sí, dando como resultado uno que siempre sea el más favorable a la entidad estatal, que es quien lo recibe. Como consecuencia, las mismas reglas del mercado permiten que finalmente el Estado pueda hacer una utilización de recursos más eficiente obteniendo lo mejor, consumiendo menos recursos, lo cuales podrán derivarse o reasignarse a otros fines que deba cumplir oportunamente. Como se aprecia, la libre concurrencia como principio básico de la contratación, mejora la asignación de recursos.[3]

Otro principio que sufre notablemente con la corrupción, es el principio de igualdad de trato, por el cual la administración pública, y en específico, sus funcionarios se encuentran prohibidos de ejercer preferencias injustificadas a favor de uno o varios postores, a quienes podrían favorecer direccionando desde el inicio el proceso de contratación. El respecto a este principio cobra vital importancia, principalmente porque la ley le otorga la facultad a las entidades estatales, llamadas también unidades ejecutoras o unidades de contratación, de diseñar conforme a sus necesidades y requerimientos específicos (partiendo de la información dada por las unidades usuarias) las denominadas Bases Administrativas, que contienen precisamente el perfil de contratación especialmente diseñado para atender un requerimiento específico de bienes, obras o servicios, los que comúnmente son diseñados como "trajes a la medida" de un postor o contratista previamente definido. Esta práctica dañosa, se ejecuta precisamente para dar aires de "legalidad" al proceso de selección, ya que el referido postor, con el que previamente existe el acuerdo, se calzará a la medida y a la perfección, el perfil técnico requerido por la entidad pública, de manera tal, que a los otros competidores les será muy difícil, por no decir imposible, cumplir con el aspecto técnico del requerimiento, así diseñado en las bases administrativas.

Como señala Moreno Molina, el respeto a este principio recae directamente en la autoridad administrativa competente, quien debe garantizar a todo potencial contratista una publicidad y acceso adecuados, controlando la libre competencia en la concesión de servicios y sobre todo controlar la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación.[4]

Aunque el fenómeno de la corrupción de funcionarios, en realidad afecta a todo el sistema de contratación y sus principios, lo cual sería bastante extenso de tratar en la presente comunicación, se hará referencia además a dos principios que están muy unidos, ya que uno presupone la existencia del otro; estos son los principios de Publicidad y el de Transparencia. Es así que se entiende que el principio de publicidad se convierte en una condición para se cumplan otros principios como los ya enunciados de libertad de concurrencia, eficiencia y transparencia, ya que a través de él, se le impone a la entidad pública el deber de difundir y poner a disposición del público todos los aspectos del proceso de contratación, lo que a su vez permite "transparentar" toda la información relacionada con el mismo, y hacerla de dominio público, lo que finalmente facilitará la supervisión y el control, de tal forma que cualquier contratación debe realizarse basándose en criterios y cali-

3 IVANEGA, op. cit., p.161.

4 MORENO MOLINA, José Antonio,"Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público". Revista Jurídica de Navarra, núm. 45, junio de 2008, pp. 46-76, p.45.

ficaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, conforme sostiene Effio Ordóñez y Pajuelo Orbegoso.[5]Sin embargo, la publicidad y transparencia de la información que debe brindar la entidad pública, deben respetar garantías constitucionales que tutelan cierta información protegida por el Derecho a la Intimidad, la propiedad intelectual, el secreto bancario y la reserva tributaria, y por otro lado, que no comprometan la seguridad pública y la defensa nacional.[6]

El denominador común que se advierte en el respeto a estos principios es que constituyen una actividad que deben ejercer, como si fuese un "credo" diario de la misma, las autoridades y funcionarios públicos, a todo nivel, quienes no siempre (y en la actualidad en la mayor parte de ellos) cumplen con estos preceptos, razón suficiente por lo que se evidencia la necesidad de desarrollar y afianzar diferentes mecanismo de supervisión y control que permitan que se usen de manera adecuada los recursos públicos para que se puedan cumplir con las finalidades públicas. De esta necesidad surge la implementación y puesta en escena del Sistema Nacional de Control, cuyo titular supremo está encarnada en la figura del Contralor General, funcionario que no obstante, también forma parte de la Administración Pública, a quien precisamente va a supervigilar, de lo que se convierte en una suerte de juez y parte, sobre todo del aparato del Poder Ejecutivo. Y esto implica un inevitable riesgo de captura por parte de este poder, y de soslayamiento de las reales funciones que debe ejercer un Contralor, lo que a su vez retorna una pregunta ¿Quién CONTROLA AL CONTRALOR?

En efecto, los problemas de corrupción que atraviesa actualmente el país, vienen dados por la deficiencia de una adecuada supervisión y seguimiento a las actividades de las autoridades y funcionarios públicos, por parte de quienes deben ejercer las facultades de supervisión, control y sanción. Tal parece ser que ha existido una actitud muy pasiva y permisiva que ha sumido en un largo letargo a los responsables del Sistema Nacional de Control, que involucra además de la Contraloría General de la República y a los órganos de control interno de cada entidad estatal, particularmente para el caso de las contrataciones estatales al OSCE organismo de supervisión de las contrataciones estatales. Visto así, la corrupción de funcionarios no solo se explica por las conductas propias del corruptor (privado) y del corrupto (funcionario) si no por la omisión en que han incurrido los agentes estatales encargados de supervigilar dicha actividad. Tal vez una ceguera muy conveniente puede explicar que hasta cierto punto sean cómplices pasivos de los actos de corrupción. Resulta inadmisible e increíble que el cáncer de la corrupción haya llegado a niveles insospechados, lo cual no se produce del ocaso al amanecer, si no, que es producto de una larga incubación y gestación por largos años.

3. LA NECESIDAD DE FORTALECER LA SUPERVISIÓN Y CONTROL.

Por el momento, el estado peruano se ha ocupado de reformar el ámbito normativo, mediante la promulgación y puesta en vigencia de la nueva ley de contratación estatal Ley 30225, vigente desde el año 2015, la cual con sus aciertos y omisiones, pretende otorgar un marco de contra-

5 EFFIO ORDOÑEZ, Augusto Oliver y PAJUELO ORBEGOSO, Alexander,"Principios rectores de la contratación pública" (ubicado el 03 de XI de 2015). Obtenido en http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf.

6 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Centro de EstudiosRamón Areces, 1991. Pág. 235.

tación más flexible y dinámico para la actuación de las entidades, con la finalidad de dinamizar diversos sectores estratégicos de desarrollo. Sin embargo, dicho esfuerzo, aún en evaluación de sus resultados, no se constituye en instrumento suficiente para combatir la corrupción, por lo que actualmente se ha propuesto incluir la cláusula anticorrupción en todos los contratos suscritos por la administración con la finalidad de reducir la posibilidad de que los contratantes incurran en actos de corrupción, medida cuya efectividad al fin y al cabo, no constituye un eficiente mecanismo de prevención, ya que la aplicación de esta cláusula implica que se configure previamente el supuesto no querido de corrupción del funcionario a manos del contratista.

La lógica razón de mejorar los mecanismos de supervisión existentes y de fortalecerlos radica en que es mejor desarrollar acciones de prevención que implementar acciones destinadas a erradicar los efectos nocivos de las prácticas de corrupción una vez que se ha presentado el caso en concreto, ya que, no solamente se consumen los recursos del Estado destinados al Sistema de Control, si no, que además se gastan los recursos que el estado tiene destinados para el sistema judicial del país, ya que buena parte de los organismos jurisdiccionales invertirán tiempo y dinero en las diferentes acciones de investigación y juzgamiento para establecer medidas correctivas y sancionadoras sobre los protagonistas agentes de estos delitos. Esto sin perjuicio del daño económico y del impacto social que ya habrán generado las obras públicas mal edificadas, daño que tiene que soportar el Estado e impacto que tiene obligatoriamente que mitigar la administración disponiendo de recursos adicionales que inicialmente no debieron estar ni direccionados ni previstos para ello; por el contrario, dichos recursos debieron haberse destinado para la cumplimiento de otras metas públicas.

Por todo esto, se hace indispensable, urgente y necesario repensar los mecanismos de supervisión y control ya existentes, y evaluar si el resultado de su aplicación ha sido, por la menos aceptable, para que, de ser este el caso, se puedan adoptar medidas que permitan su fortalecimiento. Pero además, visto el nivel alcanzado por la corrupción en los altos niveles de gobierno, se debe adoptar otros mecanismos técnicos debidamente regulados que permitan mejorar y complementar los ya existentes, que a todas luces, han resultado insuficientes.

Y es que en la línea de tiempo de la contratación estatal, el mayor énfasis no solo debe recaer en la etapa de aplicación del proceso de selección del contratista, también se debe ser constante en la etapa previa a la selección, esto es, en el diseño de las bases administrativas, afinando la rigurosidad para evitar que se diseñen a la medida de ciertos postores, como en la etapa de ejecución contractual, esto es después del otorgamiento de la buena pro y de la suscripción del correspondiente contrato, precisamente en el seguimiento y, de ser posible, un control diario en la ejecución del presupuesto, o en el mejor de los casos, en el control periódico establecido a través de los valorizaciones de los avances de obra.

Para implementar estos mecanismos de supervisión y control se requiere garantizar un mayor grado de imparcialidad, independencia, así como de un suficiente conocimiento técnico especializado y un grado de vinculación de las acciones y recomendaciones de los agentes que se encuentren a cargo de la supervisión. Esta labor tiene que consistir, más que en un seguimiento, en un acompañamiento que realiza el “supervisor” de las acciones y actividades que realizan quienes se encuentran a cargo de la contratación estatal en una determinada entidad.

No obstante la figura del "supervisor" no está ligada o sujeta estrictamente a un solo agente; por el contrario, se debe entender como un rol que debe ser desempeñado por diferentes agentes a lo largo del proceso de contratación, desde los momentos preparatorios hasta finalizar la ejecución de las obligaciones contractuales y la entrega de la obra. Con la cobertura realizada mediante supervisión y control en estas etapas, se propone minimizar los efectos nocivos de la negligencia y la corrupción en los funcionarios.

Para la tarea de supervisión como rol de los agentes competentes, no se puede correr el riesgo de que tal rol sea capturado solo por los agentes gubernamentales, esto es, que se necesita triangular esfuerzos de forma tal que una acción conjunta permita trabajar con información relevante por las diferentes caras de la contratación, puesto que si bien, en la contratación estatal existen una entidad pública y un contratista como partes intervinientes en el contrato, no menos importante es el destinatario o beneficiario de las obras ejecutadas a partir de dicha contratación, y de quien en última instancia provendrían los fondos públicos con los que se está ejecutando. Es cierto que en algunos casos y dependiendo de la modalidad, los fondos para la ejecución de las obras pueden tener distinto origen, sin embargo, el beneficiario final de la realización de esa obra, que no es otro que la población, debe conservar la facultad de "revisar" aquello que la Administración Pública realiza en su beneficio.

Esto no solo le da la posibilidad a la población de asegurarse los beneficios maximizados derivados de la utilización de la obra; además le permite verificar si la obra ejecutada efectivamente satisface o se corresponde con un requerimiento o necesidad real de ella misma, o si por el contrario, responde al capricho o mal diseño de las políticas públicas del gobernante de turno. Por ejemplo, sería innecesario que un gobierno local disponga la construcción de un coliseo deportivo con instalaciones para albergar a 10 mil personas, si el centro poblado solo se compone de 500 familias con un promedio de 5 personas por familia.

Hasta cierto punto se puede considerar que participación de la población para involucrarse en las actividades de supervisión debería ser obligatoria, ya que éste puede ser el agente que dispare la alerta siempre que advierta que "algo" no anda bien con el proceso de contratación, y que aunque no necesariamente constituya un supuesto de corrupción, puede tratarse de algún tipo de "falla" técnica o administrativa que amerita una corrección inmediata sin mayor trámite o dilación, consiguiendo de esta forma la eficiencia del proceso. Claro está, siempre que los mecanismos de participación de la población sean adecuadamente regulados para que su intervención no constituya una traba o una rémora en el proceso de contratación, y ocasione, en consecuencia, más ineficiencia y paralización en la ejecución de obras que son necesarias para la población.

Por tanto, para reforzar los mecanismos de supervisión es necesario y urgente trabajar en estos aspectos: 1) el aspecto temporal, que consiste en el denominado acompañamiento de la actividad del funcionario, a quien incluso se le facilite asistencia en la realización de su labor; lo que implica ir de la mano durante todo el proceso de contratación, desde los actos preparatorios hasta la entrega de la obra; 2) el aspecto funcional, que implica que el rol de supervisor no está vinculado a un solo funcionario o agente, si no que dependiendo de la fase en que se encuentre dicha labor es realizada por una entidad o un agente quien es el responsable directo de garantizar los resultados adecuados del proceso; y 3) el aspecto dimensional, que consiste en la triangula-

ción de la supervisión de tal forma que ésta no se agote solo con la acciones *ad intra* y *ad extra* a la entidad, sino que además, comprenda la intervención del "beneficiario" y de la población en general para garantizar una adecuada utilización de recursos, independientemente del origen de los mismos, ya que, lo que debe primar es la finalidad que persigue la contratación estatal como factor fundamental: la satisfacción del interés público y el bienestar general, como una expresión del bien común.

4. LA FORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Pero además, se debe trabajar en otro aspecto fundamental, al menos por el momento bastante descuidado: el perfil y formación de los agentes involucrados, crear cultura, pero sobre todo conciencia de los aspectos y fines de la contratación estatal, lo que debe adoptarse como un aspecto relevante de políticas públicas. Si bien la propia Administración implementa programas de capacitación y formación de sus funcionarios, dichos esfuerzos formativos son insuficientes porque constituyen acciones unilaterales que solo se agotan en el perfil y conducta que debe observar el funcionario público. Este esquema de formación tiene resultados cuando se trata del ejercicio de facultades inherentes a la propia administración, pero pierden su eficacia cuando se trata de la contratación estatal, ya que ésta al tener un carácter bilateral debería comprender también a los proveedores del Estado, contratistas que pertenecen al sector privado, y cuyo parámetro de actuación es el maximizar sus ganancias, expresión de su legítimo interés privado. Simplemente, las empresas, si bien se les ha asignado el cumplimiento o rol en las políticas de responsabilidad social, no son beneficencias.

El problema para "formar" al contratista privado, pasa por compatibilizar el establecimiento de unos requisitos mínimos de su perfil con los principios enunciados en la introducción de este trabajo, ya que NO cualquiera puede ser contratista. Esta premisa no debe ser vista como una cortapisa que limite el acceso y participación de los sujetos del sector privado, principalmente de aquellos que provienen del sector de la denominada MYPE Micro y Pequeña Empresa, sector constituido básicamente por emprendedores que carecen de formación especializada tanto en su propia actividad como en contratación estatal y sus implicancias. Visto así, no basta con que el posible contratista logre su inscripción en el registro de proveedores del Estado. Como complemente a esta inscripción se considera que debe acreditar un conocimiento mínimo o básico de lo que significa la contratación estatal, especialmente a lo que se refiere a principios y responsabilidades (civiles y penales) que se derivan de ella.

Esta "formación" es solo el punto de partida para que un privado se introduzca en los aspectos básicos de la contratación con el Estado, quien en adelante sería su potencial cliente. También se requiere de una actualización y acreditación periódica que permita tener un parámetro tangible y más real de uno de los aspectos técnicos de evaluación que es ponderado en los procesos de selección: La suficiente experiencia del postor en la actividad que viene desarrollando.

Mientras el privado pueda acreditar periódicamente la experiencia en la actividad que desarrolla, se reduciría significativamente el riesgo de que una obra pública caiga en manos de contratista improvisados, o de empresas que se han constituido exprofesamente para que algún funcionario valiéndose de terceros pueda participar, indirectamente y sin ninguna "aparente" vinculación con

ellas, en la contratación con la entidad estatal a la que pertenecen. Al respecto son frecuentes los conflictos de intereses que se han presentado en el sector público, ya que no son pocos los funcionarios que además de la función pública, tienen marcados intereses y preferencias en el sector privado, del cual provienen antes del ejercicio de dicha función.

Así se presentan casos en los que se postulan empresas con escasa experiencia en el rubro objeto de la contratación y terminan siendo favorecidas con el otorgamiento de la buena pro, frente a otras que realmente tienen marcada presencia en dicha actividad; o el caso de otras que habiendo paralizado actividades por un buen periodo de tiempo, se reactivan automáticamente solo para verse favorecidas con un determinado contrato, y esta inexperiencia e improvisación finalmente termina con nefastas consecuencias que sufre la población destinataria de dichas obras. Para muestra basta con referir el desastre que sufren actualmente las poblaciones del norte del Perú, azotadas por el llamado fenómeno del niño costero, pese a que, al menos formalmente, desde el año 2015, (año en que se inició la gestión de la actuales autoridades locales y regionales) se realizó un fuerte gasto público en obras de prevención frente a los efectos de este fenómeno climático, obras que por diferentes factores, entre ellos la improvisación e inexperiencia del contratista, han resultado inútiles para la finalidad para la cual fueron previstas.

En tal sentido, la formación en estos temas debe afrontarse desde ambas lados; por un lado en el perfil del funcionario, pero también, por otra lado, en la formación, exigencia y supervisión de requisitos mínimos que debe cumplir el empresario privado, no solo en un determinado proceso de selección, si no como exigencia de su potencial participación en cualquier momento en que tenga la posibilidad de contratar con el Estado. Y el cumplimiento de estas condiciones mínimas, también deben ser objeto de una vigilancia permanente de los responsables a cargo del registro de proveedores del Estado. Al fin y al cabo quien termina utilizando los recursos del presupuesto público, son los contratistas del sector privado.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LAS ALIANZAS PÚBLICAS-PRIVADAS EN REPÚBLICA DOMINICANA

Rafael R. Dickson Morales
Licenciado en Derecho
Universidad A Coruña

Sumario: 1. Introducción. 2. La buena Administración como derecho fundamental en República Dominicana. 3. Aspectos generales de los riesgos en las APP. 4. La buena administración y su aplicación en la asignación de los riesgos en las APP. 5. Consideraciones finales.

1. Introducción.

La República Dominicana cuenta, a pesar de algunos escándalos en ciertos contratos administrativos, básicamente relacionados con la situación internacional de corrupción de Odebrecht, con un clima favorable para las inversiones privadas, así como para que el sector privado colabore y participe con la Administración Pública en la satisfacción del interés público, a través de la ejecución de obras en infraestructura y prestación servicios públicos.

Las formas de colaboración público-privada, concesiones, alianzas público-privada o asociación público-privada (en lo adelante "APP")puede ser una manera de continuar impulsando en nuestro país el desarrollo en infraestructura de obras y servicios públicos.

Aún cuando, desde el año 2006, existe una Ley de Compras y Contrataciones Pública (LCCP)[1] que estableció el marco regulatorio para las contrataciones que realiza la Administración Pública, dicha disposición contempla algunas disposiciones sobre concesiones, aunque las mismas nunca han sido aplicadas por la Administración Pública. En la práctica, generalmente, las concesiones de ciertos sectores regulados se aplican basándose en leyes sectoriales, tales como: telecomunicaciones, electricidad, marítimas, aeropuertos, entre otras.

En ese sentido, hasta el momento no existe una efectiva regulación en materia de concesiones o de APP. No obstante lo anterior, no quiere decir, que no existen formas de colaboración entre el sector público y el privado o que hayan ciertas disposiciones normativas dispersas que establezcan características de una APP. De hecho, en nuestro país existen contratos de concesiones que tienen algunas de esas características, pero no todas.

1 Ley No. 340-06 aprobada en fecha 20 de julio de 2006, modificada por la Ley No. 449 de fecha 6 de diciembre de 2006.

Los riesgos y su asignación, tienen una notable importancia cuando la Administración Pública contrata con un particular para que colabore en la consecución de los fines públicos. Hoy en día, es poco controvertido que la concepción y análisis del principio clásico de riesgo y ventura se ha ido reinterpretando para adecuarlo a las necesidades actuales, más aún en los casos de APP.

En la práctica dominicana, la DGCP hace sus mejores esfuerzos por examinar el procedimiento de selección, a los fines de que se realice apegado a la normativa vigente, pero las entidades contratantes e incluso la propia DGCP, ejercen una deficiente y mala gestión en la preparación de los pliegos y documentos de licitación. En muy pocos casos, por no decir que en ninguno, existen en los pliegos disposiciones expresas relativas a la asignación de riesgos.

Uno de los aspectos a reformarse en la contratación pública es la asignación de los riesgos. Si tenemos una clara y especifica determinación de los posibles riesgos, contribuiría a una mejor ejecución del proyecto o contrato en cuestión, que en definitiva se traduce en una más efectiva satisfacción de los intereses colectivos, cuando se configura correctamente un proyecto APP.

Así pues, el interés de este ensayo, es presentar una visión actual de los distintos riesgos que impactan la APP, su concepto, y vincular su asignación haciendo uso del principio de la buena administración.

2. La buena Administración como derecho fundamental en República Dominicana.

El Profesor Eduardo Jorge Prats señala que los derechos fundamentales son: "*derechos constitucionales, es decir, derecho que, al ser incorporados en la Constitución, no solo gozan de la certeza de su identificación gracias a su positivación, sino que, además, están protegidos por la coraza constitucional frente a los poderes constituidos*"[2].

La Constitución de la República Dominicana en el Título II regula todo lo relativo a los Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales, estableciendo en su primer Capítulo protección expresa a estos derechos. Si bien en este capítulo no se establece de manera explícita el derecho a una buena administración, en el ordenamiento jurídico dominicano ha quedado incorporado, a raíz de la promulgación de la Ley No. 107-13, que es la ley que regula el acto administrativo y su procedimiento.

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano[3], conceptualiza la buena administración pública, como: "*una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable*".

---

2 JORGE PRATS, E. Derecho Constitucional. Volumen II. Ius Novum. Amigo del Hogar, Segunda Edición, Santo Domingo, 2012. Pág. 47.

3 Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013.

Como bien ha dicho, el profesor Rodríguez-Arana, la buena administración, viene a reforzar la actual concepción de que el Derecho Administrativo debe ser concebido desde la centralidad del ciudadano y sus derechos fundamentales, y por ende, desde la participación democrática, abierta y plural de los ciudadanos en toda la actividad administrativa.

La buena administración se incorpora por primera vez en el año 2013. Sin embargo, creo oportuno señalar que, uno de los pioneros y maestro del derecho público dominicano, el profesor Manuel de Jesús Troncoso de la Concha, en sus cátedras de Derecho Administrativo[4], en los años 1930 hablaba de buena administración, aunque sin la dimensión y concepción actual.

El derecho a la buena administración queda configurado en el artículo 4 de la Ley 107-13, estableciendo una enumeración de derechos que se aplican a la contratación pública. Los derechos subjetivos de una buena administración concretados en esta norma que contiene un catálogo de 32 derechos debidamente especificados. Estableciendo también la buena administración como un derecho fundamental de los ciudadanos, haciendo expresa referencia al aumento de la calidad de los servicios y actividades que realiza la Administración Pública. Sin dudas, la actividad de contratación pública presenta una relevancia importante, por lo que es necesario que la Administración Pública la ejerza aumentando su eficiencia y calidad. Una de estas formas es aplicando una buena administración en la contratación pública, particularmente, en la asignación de riesgos del contrato público.

El Tribunal Constitucional dominicano ha establecido expresamente que el derecho a la buena administración se encuentra implícitamente contenido en nuestra Constitución, al señalar que: "*(…). Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas. Este mandato normativo da existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado "derecho al buen gobierno o a la buena administración.*

Este derecho se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional".

Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado «derecho a la buena administración», designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas"[5], (subrayado nuestro).

De lo anterior, podemos concluir que el principio de buena administración y su catálogo de derechos es un derecho fundamental en la República Dominicana. Lo interesante ahora es determi-

4 Cátedras de Derecho Administrativo del Profesor Américo Moreta Castillo, publicadas y convertidas en tratado, bajo el título de Elementos de Derecho Administrativo con aplicación a las Leyes de República Dominicana, editado en 1938, manteniéndose como obra única en su género en el país durante décadas, siendo un trabajo reconocido internacionalmente, en la Universidad de La Habana.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano, de fecha 22 diciembre 2014. TC/0322/14.

nar cómo aplicar cada vez una buena administración en la asignación de riesgos. Por otro lado, antes de presentar una relación práctica de la buena administración a la asignación de riesgos, consideramos oportuno dentro del marco de esta comunicación, examinar brevemente algunas consideraciones generales del riesgo en la contratación pública.

3. Aspectos generales de los riesgos en las APP.

Una de las principales dificultades que se presenta en la contratación, ya sea pública o privada, y mucho más aún en las APP, es la asignación de riesgos en el contrato. El primer aspecto en este sentido sería determinar a cuáles riesgos se encuentran expuestas las partes o los propios de la operación o negocio de que se trate. En segundo lugar, y el de más importancia sería cómo distribuirlos entre ellas.

Pero antes de entrar en una aproximación a esas cuestiones, consideró importante realizar algunas aclaraciones relativas al riesgo en sentido general. Al respecto, se ha señalado, y así lo prevén la mayoría de las legislaciones sobre contratación pública, que la intervención de los particulares en la realización y ejecución de obras y servicios de interés general, se realizan bajo el principio de riesgo y ventura.

El profesor García de Enterría haciendo referencia al riesgo y ventura del contrato de obra señalaba que: "*(…) la consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual es que la suerte de la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato. La onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizada la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual*"[6]. De esta definición, se desprendía una afectación a la teoría de los riesgos que es lo que en definitiva alude el principio de riesgo y ventura.

Ahora bien, es mi parecer que el riesgo en la contratación pública no ha sido estudiado sistemáticamente desde otra óptica que no sea la civil, y también casi siempre ha estado vinculado desde la perspectiva de culpa o falta[7] de una de las partes en la relación contractual y no necesariamente a un análisis de riesgos y su distribución, tomando en cuenta la complejidad del contrato, y quien estaría en mejor posición de soportarlo y prevenirlo.

Se sostiene, y compartimos dicho criterio que se configura una contradicción de la doctrina tradicional (por lo menos en cuanto al riesgo de la concesión, que sería básicamente el mismo en una APP) en admitir teóricamente la transferencia total de los riesgos al concesionario. No obstante,

---

6 GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo*, Revista Administración Pública (RAP), Madrid, España, 1950, p. 88.

7 Para abundar sobre este punto puede verse entre otros a Ariño Ortiz, G., *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, Granillo Ocampo, R. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa,* Editorial Astera, Buenos Aires; GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo*, Op. Cit.

también se reconoce que el concesionario tiene ciertas garantías respecto de algunos riesgos relacionados al emprendimiento[8].

Me parece que el principio tradicional del riesgo y ventura, no impide que la Administración Pública y los particulares puedan asignarse los riesgos como mejor entiendan, por lo menos alguno de ellos. En ese mismo sentido, se pronuncia, el profesor Perez al señalar que: "*lo que defendemos, es que "por su cuenta y riesgo'", no importa en la transferencia al concesionario de todos los riesgos inherentes a la empresa. Importa, sí la transferencia al concesionario de riesgos que el contrato indica. Por el contrario, son por cuenta y riesgo del concesionario esos riesgos que el contrato, expresamente o implícitamente, le ha transferido*"[9].

En ciertos casos, la jurisprudencia ha establecido la definición de riesgos en la contratación pública. Así pues, el Tribunal Supremo de España en sus decisiones de fecha 14 de mayo de 2001 y el 22 de noviembre de 2001, definen el riesgo como contingencia o proximidad de un daño ajena a la esfera de actuación de las partes en un contrato, y la ventura como expresión de que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien[10].

De igual manera, el Tribunal Supremo haciendo referencia al riesgo ha dicho que: "*(…) conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso y corre el albur que todo ello implica con conocimiento de su posibilidad y la esperanza de que no suceda y si a través de la visión que proporciona este prisma (…)*[11]". En República Dominicana no contamos hasta la fecha con una decisión que presente un concepto o se refiera al riesgo respecto de la contratación pública.

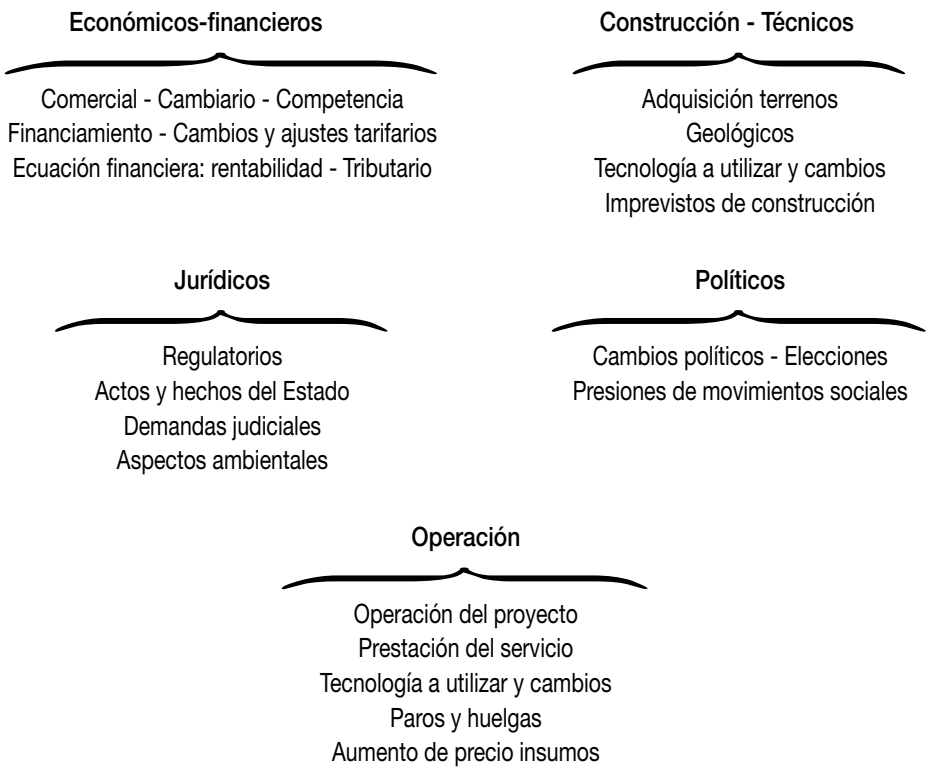
A nuestro entender, el riesgo en sentido general, no sería más que una combinación de la probabilidad que se produzca un evento futuro e incierto, ajeno a la voluntad de las partes, que genera consecuencias económicas. Usualmente el riesgo es vinculado a las consecuencias negativas, pero nada impediría que incluya las consecuencias positivas del hecho incierto.

El objetivo de identificar los riesgos que impactan a en un proyecto de APP se debe realizar para poder asignar razonable y eficazmente los mismos. Como bien es sabido, los riesgos y su asignación varían dependiendo del tipo de proyecto de que se trate, por lo que sería poco práctico establecer un parámetro universal y general de riesgos y su distribución. Ahora bien, existen riesgos que son inherentes a la mayoría de contratos en los que pueda intervenir la Administración Pública.

Si realizáramos una división de los principales riesgos que preliminarmente entendemos existen en una APP pudiéramos establecer que, por lo menos identificamos: riesgos económicos – financieros, de construcción – técnicos, jurídicos, de operación y políticos. Cada una de esta división implica, adicionalmente, otros sub-riesgos que presentó en el siguiente esquema.

---

8 Perez, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Editora Fórum, Brasil, 2006, p. 107.
9 Perez, Marcos Augusto. Op. Cit. p. 130.
10 Bermejo Vera, José y Bernal Blay, Miguel. *Diccionario de Contratación Pública*. Iustel. Madrid, 2009, p.614.
11 Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 29 enero 1982. RJ/1982/235.



4. La buena administración y su aplicación en la asignación de los riesgos en la APP.

La República Dominicana de manera expresa cuenta con escasas normas relativas a la asignación de riesgos. La Ley LCCP establece algunos aspectos sobre riesgos. Específicamente el artículo 46, incluye y establece el principio clásico de que las concesiones son realizadas por riesgo y ventura del contratista. Por su parte, el numeral (6) del artículo 55 de la LCCP dispone que: "*Definición de políticas de asignación de riesgos (legal, comercial, construcción, ambiental, financiero) por las partes y mitigación de contingencias)*". Asimismo, el numeral 4 del párrafo II del artículo 56 de la LCCP sobre evaluación de ofertas dispone que: "*Que se haya comprendido y no se presenten cambios en la distribución de riesgos del pliego de condiciones*".

No obstante lo anterior, la aplicación práctica de la asignación de riesgos en la contratación pública resultan ser casi inexistentes, consecuentemente resultan insuficientes dichas disposiciones para que un proyecto bajo la modalidad de APP sea efectivo, y se aplique una buena administración en la asignación de riesgos.

En vista de lo anterior, entendemos, que resulta necesario una regulación efectiva sobre las APPs, y en sentido general sobre concesiones que en la actualidad no existe. Si se opta por la alternativa de no hacer nada, es decir que el Congreso no apruebe una normativa, es probable que no se desarrollen efectivamente proyectos bajo esta modalidad. Parafraseando a Peter Drucker, en relación a las decisiones efectivas: se toman decisiones o acciones cuando una condición se

degenera o agrava. Sin embargo, mientras se produzca dicha revisión, la Administración Pública puede eficientizar la asignación de riesgos, aplicando una buena administración, que hasta el momento no ha hecho. Así pues, si hacemos uso del análisis económico de la asignación de riesgos, implicaría que en una APP, se deben asignar los mismos a aquella parte que está mejor capacitada para administrarlos.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere al riesgo de diseño, quien elaboró el correspondiente estudio de ingeniería debe asumir la responsabilidad por su idoneidad y consistencia. En ese sentido, si el concesionario elaboró el estudio de ingeniería luego de suscrito una APP, resulta razonable que dicho concesionario asuma el riesgo por cualquier defecto luego encontrado en dicho estudio.

Consideramos que sería recomendable, acordar un documento vinculante de políticas de distribución y asignación de riesgos. La preparación de este documento deberá contar con la participación activa de los agentes que participan en la elaboración de un proyecto bajo la modalidad de APP, como serían: particulares, ingenieros independientes, Colegio Dominicano de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores (CODIA), empresas de seguros, entre otros.

Por otro lado, consideramos pertinente establecer algún procedimiento previo a la presentación de las ofertas formales en las licitaciones o presentación de proyectos de APP, a fin de que los interesados puedan presentarle a la Administración Pública su propuesta respecto de la asignación de los riesgos. Esto así, ya que una vez iniciado el proceso de recepción de ofertas, sería muy difícil a los oferentes formular sus propuestas a la Administración y la evaluación de éstas para determinar la oferta más conveniente.

En definitiva, la nueva normativa deberá establecer mecanismos objetivos y claros al momento de asignar riesgos, realizando una diferenciación entre riesgos previsibles e imprevisibles. En ese sentido, consideramos que como condición o requisito mínimo para transferir un riesgo debe determinarse quien está en mejor posición de evaluarlo, prevenirlo, controlarlo y administrarlo; así como determinar quien dispone mejores mecanismos o instrumentos de protección y mitigación.

5. Consideraciones finales.

En República Dominicana, la Ley 107-13 y recientemente el Tribunal Constitucional, ha consagrado la buena administración como un derecho fundamental de los ciudadanos. Este derecho se aplica a la contratación pública, por lo que es necesario que la Administración Pública ejerza dicha actividad aumentando su eficiencia y calidad. Una manera de lograr esos objetivos es precisamente aplicando una buena administración a la asignación de riesgos, en especial en proyectos bajo la modalidad de APP.

La aplicación de una buena administración en la asignación de los riesgos en proyectos de APP es fundamental, ya que de esa manera podría ser más efectivo en determinar quien estaría en mejor posición de soportar el mismo, por los diferentes agentes que intervienen en una APP siendo así más adecuado para agregar valor.

Como conclusión, se evidencia la necesidad de una actualización y modificación de la normativa de contratación pública, para mejorar entre otras cosas las concesiones y proyectos bajo la mo-

dalidad de APP. Hasta tanto se produzca una actualización, las entidades públicas que pretendan realizar proyectos bajo una APP pueden realizar acciones tendentes a una aplicación de buena administración respecto de la asignación de riesgos en una APP, como serían las siguientes:

a) Creación de políticas de distribución y asignación de riesgos vinculantes. La preparación de este documento deberá contar con la participación activa de los agentes que interactúen en un determinado proyecto.

b) Establecer un procedimiento previo a la presentación de ofertas o proyectos bajo esta modalidad, a fin de que los interesados puedan presentar a la Administración Pública su proposición respecto de la asignación de riesgos.

c) Adoptar como criterio para asignar un riesgo, quien se encuentre en mejor posición de evaluarlo, prevenirlo, controlarlo y administrarlo, así como quien disponga de mejores instrumentos de protección y mitigación, tomando en consideración los costos que esto implique.

d) Establecer mecanismos transparentes y de participación durante el proceso de asignación de riesgos. Asimismo, que haya voluntad y que las autoridades apliquen apegados a la normativa la asignación de riesgos.

Finalmente, en República Dominicana, cada vez más participan asociaciones de empresas nacionales y extranjeras en las licitaciones públicas, y en el horizonte se perfila que muchos proyectos se realizarán bajo una APP, lo que amerita una juiciosa revisión de las normas de contratación pública, en especial sobre concesiones, incluyendo la asignación de riesgos. Una buena revisión legislativa, pero más importante aún, una aplicación de dichas normas, se traduciría en mayor inversión para el país.

Notas Bibliográficas:

1. Ariño Ortiz, Gaspar. Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
2. Bermejo Vera, José (Director) y Bernal Blay, Miguel Ángel (Coordinador). Diccionario de Contratación Pública. Iustel. Madrid, 2009.
3. García de Enterría, E., Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo, Revista Administración Pública (RAP), Madrid, España, 1950.
4. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas Ediciones. Duodécima Edición. España, 2005.
5. Gimenu Feliú, José María (Director) y Bernal Blay, Miguel Ángel (Coordinador). Observatorio de Contratos Públicos 2011. Thomson Reuters. Navarra, 2012.
6. Granillo Ocampo, R. Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
7. Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional. Volumen II. Ius Novum. Amigo del Hogar, Segunda Edición, Santo Domingo, 2012..

8. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas. Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
9. Perez, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Editora Fórum, Brasil, 2006.
10. Moreno Molina, Jaime., Los Principios generales de la contratación de las Administraciones públicas, Albacete, 2006.
11. Tomás Mallén, Beatriz. Derecho Fundamental a una Buena Administración. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Madrid, 2004.