

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LAS ETAPAS DE FORMACIÓN Y DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Miriam Mabel IVANEGA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios en el procedimiento de la licitación pública. El Decreto 1023/2001. La transparencia*. III. *La interpretación de los principios generales en la etapa de ejecución contractual. Su relación con la transparencia. Criterios jurisprudenciales*. IV. *La participación ciudadana en las contrataciones administrativas*. V. *El sistema de contrataciones del Estado en la República Argentina*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Transparente es aquello que se vislumbra, que se deja adivinar sin declararse o manifestarse: lo claro, lo que se comprende sin duda o ambigüedad.

Y es así como debe entenderse a toda contratación pública: su formación y su ejecución no deben dejar lugar a incertidumbre alguna; los objetivos propuestos, los medios para alcanzarlos y los resultados obtenidos deben surgir en forma precisa y evidente.

Por ello, la administración pública exige un cambio en su concepción y actuación, que no se limite a las reformas administrativas encaminadas hacia principios de eficacia y servicio, dado que debe apuntarse a hacer posible que la calidad y la transparencia constituyan sus propiedades connaturales.¹

Esa organización no sólo debe servir, sino que debe mostrar cómo sirve. Organización y actividad deben ser transparentes.

¹ Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, *Ética, poder y Estado*, Buenos Aires, RAP, 2004.

Desde este punto de vista, el principio de transparencia debe aplicarse y mantener su vigencia durante todo el desarrollo del contrato, desde el inicio del procedimiento de formación hasta la conclusión de la contratación.

Es indudable que el procedimiento administrativo que principalmente responde a la aplicación del principio de transparencia, es el de la licitación pública:

...modo de selección de los contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa, por medio del cual éstos invitan, públicamente, a los posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y de condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público.²

Sin embargo, la transparencia es una regla que no puede predicarse en forma exclusiva respecto de ese procedimiento, pues resulta de aplicación a toda actividad estatal y por ende a todo mecanismo de elección del contratista: licitación o concurso privado, contrataciones directas, subastas, remates.

Siguiendo esa línea de razonamiento, el cumplimiento del principio de transparencia en la primera etapa de selección del contratista incidirá directamente durante la ejecución, pudiendo invalidar todo lo actuado no obstante el estado de avance o trámite del acuerdo. En síntesis, la formación del contrato supone un procedimiento, cuya legitimidad lo trasciende, para proyectarse en el contrato propiamente dicho.

Actualmente en la república Argentina, este enfoque está consagrado en el Régimen de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto 1023/2001,³ al señalar 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

² Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 275.

³ Este régimen se aplica a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente; así como las obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias —sin perjuicio del régimen específico de éstos—.

por aquella mencionados.⁴ Con estas aclaraciones, veamos cómo se concreta este principio en las dos fases básicas de la relación contractual, para luego considerar las normas y procedimientos más relevantes del derecho argentino.

II. LOS PRINCIPIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA. EL DECRETO 1023/2001. LA TRANSPARENCIA

Aquí, un sucinto repaso sobre los tres principios básicos de la licitación pública:

1. *Concurrencia, igualdad y publicidad*

Ya lo advirtió Comadira, que cada uno de los principios tradicionales de la licitación pública se vincula con la transparencia.

La *concurrencia* persigue convocar la mayor cantidad de oferentes posibles, a efectos de que la administración pueda contratar con el tercero que ofrezca la mejor opción.⁵

Integrando los principios inherentes a la defensa de la competencia, es aplicable a las contrataciones estatales, con lo cual soslayar la licitación pública constituye una forma de distorsionar el mercado.⁶

Este principio implica oposición para poder evaluar y seleccionar conforme a las pautas establecidas en los pliegos de bases y condiciones.

Es importante comprender que la competencia se presenta respecto de aquellos que pueden encontrarse en un pie de igualdad. Es decir: competir entre iguales. De ahí la estrecha vinculación con esta regla.

El citado Decreto 1023/2001 instituye que

...el principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión

⁴ El artículo 3o. cita como principios los de razonabilidad y eficiencia; concurrencia y competencia; transparencia; publicidad y difusión; responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos; igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

⁵ Comadira, Julio R., *op. cit.*, nota 2, cap. XXIII.

⁶ Cassagne Juan C., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 73.

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 pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3o. de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación (artículo 17).

La *igualdad* está reconocida en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En primer término, el contenido igualitario del pliego es decisivo para la transparencia de todo el procedimiento licitatorio. Por eso, no pueden modificarse después de la publicación del llamado. En el caso de que la administración lo hiciera, se estaría configurando un nuevo llamado por derogación tácita o expresa de la convocatoria originaria.⁷

Tampoco es conforme a derecho y a los principios aquí comentados, el cambio de las bases del llamado después de la apertura de ofertas, aun habiendo obtenido el acuerdo de los oferentes.⁸ Se impone siempre, salvaguardar la garantía de igualdad debida a quienes fueron excluidos del llamado originario.

En forma concordante, los términos o expresiones de los pliegos de condiciones son de interpretación estricta o restringida. La igualdad y la coherencia entre los pliegos y el contrato que en definitiva se suscriba con el adjudicatario, son pautas obligadas que legitiman la actuación estatal.⁹

El trato igualitario mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte.

Una práctica habitual es incorporar en el contrato que se firma con el adjudicatario, cláusulas no previstas o no contempladas de una determinada forma en el pliego que conceden al contratista beneficios que no formaron parte de las reglas del llamado; modalidad que resulta ilegítima.¹⁰

Es cierto que los parámetros iniciales del pliego puedan experimentar adaptaciones, justificadas en la abstracta imprevisibilidad de ciertas situaciones, pero ello no puede implicar un cambio sustancial de las bases. Aun atendiendo a la magnitud de la operatoria de que se trate o a la alta complejidad técnica de la contratación, esos avances y las consecuentes ade-

7 Véase en ese sentido, Comadira, Julio R., *op. cit.*, nota 2, pp. 290 y ss.

8 Así lo consideró la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 107:015.

9 Véase en ese sentido, Comadira Julio R., *op. cit.*, nota 2.

10 Fallos 179:249.

cuaciones del pliego, deben sujetarse y limitarse a la razonabilidad ínsita en el accionar administrativo.¹¹

Esta tesitura responde a exigencias sociales y económicas de la realidad: no es posible que en el pliego todo esté exactamente previsto, motivo por el cual hay aspectos de la contratación que requieren, ineludiblemente, de un desarrollo contractual. Sin embargo, insisto en que estas situaciones deben ser excepcionales e interpretadas en forma restrictiva, de modo tal que no puedan asumir un contenido generalizado de la actuación administrativa.

Permitir o generar la alteración de las condiciones originarias en forma irregular, es una práctica corrupta en los términos del artículo IV 1.c de la Convención Americana contra la Corrupción.

Respecto a la *publicidad* —sin perjuicio de volver sobre este aspecto en ocasión de abordar el sistema de contrataciones en la república Argentina— cabe señalar que constituye una condición ineludible en todo procedimiento de contratación que en el caso específico de la licitación implica —entre otros aspectos— cumplir con todas las publicaciones y avisos del llamado y de todos los actos que la norma jurídica exija.

El objetivo es dar a conocer la convocatoria, a los posibles oferentes lo que traduce la compatibilidad con el principio de concurrencia.

En cuanto a la difusión y adelantándonos al análisis del régimen del Decreto 1023/01 establece que el llamado a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos que no se realicen en formato digital, deberá llevarse a cabo mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno (el *Boletín Oficial*), por el término de dos días, con un mínimo de veinte días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura. Se estipula también, que en los supuestos de contrataciones que por su importancia, complejidad u otras características lo hicieran necesario, se podrán ampliar los plazos de antelación. En el caso de licitaciones o concursos internacionales, se dispondrán publicaciones pertinentes en países extranjeros, con una antelación no menor a cuarenta días corridos.

Respecto a las licitaciones y concursos privados las publicaciones se efectuarán con un mínimo de siete días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, complementado con la exhibición de la convocatoria, el pliego de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas.

11 Procuración del Tesoro de la Nación-Dictámenes 217:115.

cas en carteleras o carpetas ubicadas en lugares visibles del organismo contratante, cuyo ingreso sea irrestricto para los interesados en consultarlos.

Ahora bien, es importante subrayar que la publicidad no debe limitarse a las publicaciones legales; este principio debe ser entendido en un sentido onnicomprensivo, identificado con la transparencia: dar a publicidad es poner a disposición de la sociedad, en forma directa, toda la información atinente a los contratos administrativos, el objeto, las condiciones, el monto, la empresa contratista.

Adelanto la relevancia de la previsión normativa que contempla que todas las convocatorias, cualquiera que sea el procedimiento de selección que se utilice, se difundan por Internet u otro medio electrónico de igual alcance que lo reemplace en el sitio de la Oficina Nacional de Contrataciones del Estado, desde el día en que se les comienza a dar publicidad por el pertinente medio, hasta el día de la apertura, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios generales que el Decreto fija. En ese sitio se difunden las convocatorias, los proyectos de pliegos correspondientes a contrataciones que se sometan a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, las adjudicaciones, las órdenes de compra y toda otra información pertinente.

En el régimen normativo argentino, en materia de publicidad se destaca el Decreto 1172/03, a que haremos referencia más adelante.

Insistimos en que la transparencia obliga a que los pliegos sean precisos y no incluyan exigencias “oscuras” o ambiguas que dificulten su interpretación y en última instancia que sean la base de conductas discrecionales irrestrictas por parte de la administración.

Es durante la etapa de ejecución en la cual se presentan los mayores inconvenientes si los pliegos no resultan transparentes. De suceder esto último, aquellos dejarían de constituir la base y parámetro válido de comparación con las cláusulas del contrato, lo que en consecuencia impediría evaluar tanto el efectivo cumplimiento de las condiciones originarias como las necesidades tenidas en mira por la administración al decidir la contratación.

La *razonabilidad* y la *eficiencia* son principios también contenidos en el Decreto 1023/01. El primero es un límite a toda la actuación administrativa.¹²

¹² En oportunidad de abordar la cuestión atinente a la razonabilidad en las tarifas de servicios públicos, consideré a este principio desde el enfoque de los conceptos jurídicos indeterminados. “Recordé —con cita de Eduardo García de Enterría— que, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites

Concebido también como principio de proporcionalidad, no pueden entenderse separadamente y en el marco de actividad pública se los identifica con lo idóneo (el medio adecuado en relación al fin), indispensable o necesario y proporcionado.¹³

La eficiencia está unida a la idea de rendimiento y como tal, es un valor imprescindible a considerar a la administración en cuanto a función y estructura.

Entendemos que este principio en el campo de las contrataciones, se concreta cuando la organización administrativa y los procedimientos se adecuan a los objetivos propuestos. Pero también advertimos que la eficiencia no puede instituirse como principio autónomo, apartado de la legalidad; pues toda actuación administrativa de por sí debe ajustarse a derecho. La juridicidad entonces enmarca también a la eficiencia; no podríamos en aras de defender la eficiencia soslayar el cumplimiento de la ley.

Su estrecho vínculo con la eficacia, hace que en varias ocasiones se las utilice como sinónimos, pues ésta refiere a las metas propuestas y su cumplimiento. Pero en realidad, mientras la eficacia alude al hecho de que se produzca determinado efecto o fin; la eficiencia se refiere a los medios utilizados y la idoneidad que tienen en sí mismos, para lograr la meta propuesta.¹⁴

2. *El principio de transparencia en la legislación argentina*

Volviendo al Decreto 1023/2001 —que aprobó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional— cabe señalar que su objeto son las

no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto ...se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesta que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”. La ley utiliza conceptos de experiencia o de valor (justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto, o el precio/tarifa es justo o no es justo. Ivanega, Miriam M., “Control judicial de las tarifas de servicios públicos”, *Servicios públicos, policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2003, pp. 845 y ss.

¹³ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004.

¹⁴ Véase Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 95 y ss.

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. 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 (artículo 1o.).

En cuanto a la transparencia específicamente,¹⁵ el artículo 9o. del Decreto prevé

...transparencia. La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas.

El artículo 10 a su vez hace referencia a que será causal determinante del rechazo *in limine* de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato si se demostrare que se dio u ofreció dinero o cualquier dádiva a fin de instar, influir directa o indirectamente a funcionarios públicos.

El artículo 18 establece la posibilidad de revocar los actos administrativos del procedimiento de contratación y en su caso determinar responsabilidades de los funcionarios, si se omitieron los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o que la inclusión de cláusulas o condiciones demostrare que el procedimiento está dirigido a favorecer situaciones particulares.

¹⁵ Los principios generales consagrados en el referido Decreto, a los que la gestión de las contrataciones debe ajustarse: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) Transparencia en los procedimientos; d) Publicidad y difusión de las actuaciones; e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

El artículo 19 prevé la posibilidad de tomar vista. Este instituto permite tanto que el particular se defienda frente al accionar de la administración, como también que en su carácter de colaborador —al intervenir en los procedimientos administrativos— defienda la legalidad y eficacia de la actividad administrativa.¹⁶

Se determina que toda persona que acredite fehacientemente algún interés podrá, en cualquier momento, tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. La vista del expediente no interrumpirá los plazos.¹⁷

El Decreto 436/00, si bien de fecha anterior al Decreto 1023/01 no ha dejado de tener vigencia, aplicándose como norma reglamentaria a este último.

Aquella norma, también regula en un título especial la transparencia en la gestión de las contrataciones y las conductas consideradas corruptas; exigiendo la remisión mediante transmisión electrónica o medio magnético a la Oficina Nacional de Contrataciones la información derivada de los procedimientos de contrataciones que lleven a cabo conforme al régimen legal.

Esta información no se entenderá como sustitutiva del procedimiento legal que corresponda, ni limitará en modo alguno el ejercicio de las atribuciones propias de los organismos de control, que podrán en cualquier momento requerir información adicional relativa a los actos y contratos de que se trate. Cabe resaltar también la Ley 25.188 de Ética en Ejercicio de la Función Pública, dado que entre los deberes y pautas de comportamiento ético consigna la de observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad (artículo 2o., inciso a).

A su vez establece la incompatibilidad con el ejercicio de la función pública dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier

¹⁶ Fiorini, Bartolomé, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. II.

¹⁷ El amplio acceso a las actuaciones administrativas propiciada por el profesor Comadira, no excluye en su concepción, la posibilidad de que en la etapa evaluativa de ofertas la administración declare su reserva con el fin de asegurar la celeridad y sencillez del procedimiento; pues concluida ésta se reabrirá con toda amplitud, la participación de los oferentes quienes podrán impugnar el acto correspondiente, Comadira, Julio, *op. cit.*, nota 2, p. 299.

otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; artículo 13 inciso a.

Un acertado criterio es aquel que prevé que los actos emitidos por los sujetos alcanzados por la ley, dictados en violación de ese régimen, serán de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Y consecuentemente las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.

Es cita obligada en materia de transparencia,¹⁸ el Decreto 1172/03 que aprobó cinco Reglamentos Generales, entre ellos el de acceso a la información pública.¹⁹

Este reglamento se aplica en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. Incluso, sus disposiciones son aplicables a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional —a través de sus jurisdicciones o entidades— y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público.

Se estipula que el acceso a la información pública constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los organismos comprendidos en la norma. La finalidad consiste en que se provea al ciudadano de información completa, adecuada, oportuna y veraz. No es necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado.

¹⁸ Recuérdese lo sostenido por Rodríguez Arana-Muñoz en el sentido que la transparencia como valor ético se corresponde jurídicamente con los derechos al acceso a archivos y a la información. Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 106.

¹⁹ Los Reglamentos Generales son: 1) de Audiencias Públicas, 2) para la Publicidad de la Gestión de Intereses, 3) para la Elaboración Participativa de Normas, 4) del Acceso a la Información Pública y 5) de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos.

El mecanismo de acceso debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad. Se presume pública toda información producida u obtenida por o para los organismos, entes y sociedades del Poder Ejecutivo Nacional.

El Decreto establece que la solicitud de información debe ser realizada por escrito, con la identificación del requirente, no está sujeta a ninguna otra formalidad. Tampoco puede exigirse que se manifieste el propósito de la requisitoria.

El obligado, debe permitir el acceso a la información en el momento de ser solicitado o en un plazo no mayor de diez días; término que puede ser prorrogado en forma excepcional por el mismo lapso de mediar circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada.

La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre al momento de efectuarse la petición, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla. Cuando la información contenga datos personales o perfiles de consumo, estos datos deben ser protegidos.

La obstrucción arbitraria o injustificada al acceso, o el suministro incompleto de información generarán la responsabilidad, por falta grave, del funcionario sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que pudieran corresponderle.²⁰

²⁰ La norma también contempla los casos que pueden exceptuarse de proveer la información requerida: si una Ley o Decreto así lo establece; si fuera expresamente clasificada como reservada (seguridad, defensa o política exterior); que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; preparada por los organismos dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquellos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; preparada por asesores jurídicos o abogados de la administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no formen parte de un expediente; información referida a datos personales de carácter sensible cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, —salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada—; información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona. Se fijan también los casos de información parcialmente reservada.

En el marco de la ética y la lucha contra la corrupción, uno de los organismos públicos relevantes en esta materia es la Oficina Anticorrupción,²¹ órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Actúa en el ámbito de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, y es la encargada de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Carece de funciones para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Judicial o en los organismos de las administraciones provinciales y municipales.

En el marco de sus competencias, puede recibir denuncias de particulares o agentes públicos sobre situaciones y/o entes donde se sospecha pudo haber actos de corrupción; investigar preliminarmente a los agentes públicos y a toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal —en el supuesto de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los recursos—; denunciar ante la justicia los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos; constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado; llevar, evaluar y controlar el contenido el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos y las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito o incompatibilidad en el ejercicio de la función.

En el tema que nos convoca, la Oficina Anticorrupción brinda asistencia técnica e interviene en procesos de compras y contrataciones públicas, con el fin de generar mecanismos de transparencia que garanticen la correcta y eficiente utilización de los fondos públicos. Incluso, los organismos pueden solicitarle opinión ante contrataciones significación económica, pudiendo intervenir por ejemplo en la preparación de pliegos.

Ha llevado a cabo estudios y realizado “mapas de riesgos” en los que expuso las deficiencias, irregularidades en sobreprecios, la ausencia de debida coordinación y/o la falta de comunicación e información entre quienes solicitan los bienes y servicios (dirigencia política) y quienes administran

21 Ley 25.233.

el proceso de contratación (equipos técnicos) impidiendo ello que pueda gestionarse debidamente el plan de compras.

Se ha instituido también un sistema de precios testigos para las compras y contrataciones que se realicen en los ministerios, secretarías de la presidencia de la nación, y organismos centralizados y descentralizados de la administración pública nacional, a cargo de la Sindicatura General de la Nación.²²

III. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL. SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El Poder Judicial argentino, en particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha ponderado en variadas ocasiones la aplicación de los principios generales, para dilucidar los conflictos que se plantean durante la ejecución del contrato.

A partir de esos lineamientos judiciales, se derivaron determinados criterios de interpretación:

1. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos.²³ Éste es un principio cardinal que informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al “enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura”.²⁴

2. Siguiendo esa interpretación, se entiende que es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en el otro contratante.²⁵

²² Decreto 558/96.

²³ Entre otros “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Corrientes y otro”; “Cinplast S. A. c/ Entel” y Fallos 300:273; 311:970, 312:84; 319:2037. El artículo 1198 del Código Civil argentino establece el referido principio.

²⁴ Causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentino S. A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo” del 18 de julio de 2002.

²⁵ Fallos 311:971.

Es indudable que la buena fe y la coherencia se encuentran ínsitas en la transparencia, en la medida que imponen la actuación clara, precisa y sin ocultamientos tanto del Estado como del privado, desde el inicio del procedimiento hasta su conclusión.

Por ende, la legitimidad de cualquier decisión en el curso de un contrato debe examinarse considerando, por un lado la obligación que pesa sobre la administración de no incurrir en prácticas que impliquen comprometer intereses superiores, que ella misma debe preservar y por el otro, que el contratista se comporte con diligencia, prudencia y buena fe, en atención a su condición de colaborador de aquella en la realización de un fin público.²⁶

3. Respecto a la forma, cabe señalar que es un requisito que se vincula con la existencia del contrato. Las particularidades del derecho administrativo, concuerdan con el principio general vigente en el derecho privado en cuanto a que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta.²⁷

Es indudable que la forma se convierte en un requisito esencial que trasciende su mero carácter instrumental para ubicarse en el plano de los comportamientos éticos. Es así, en la medida que, a mi entender, la exigencia de que el vínculo contractual cumpla con determinadas formalidades, no sólo hace al valor probatorio sino a posibilitar que las modalidades del acuerdo no queden en la esfera reservada de quienes lo celebran.

La sociedad tiene derecho a conocer qué se contrata, con quién, bajo qué condiciones y el ajuste a las formas legales es un paso fundamental para cumplir con esa obligación de la administración.

Este enfoque se une a la interpretación jurisprudencial que considera esencial la subordinación de las disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias pertinentes, en clara concordancia con el principio de juridicidad que exige el respeto al orden jerárquico legal.

El mencionado Decreto 1023/01, impone que actuaciones, como mínimo, deben ser formalizadas mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional (sin perjuicio de otras que por su importancia también lo hicieren necesario): a) La convocatoria y la elección del proce-

²⁶ En ese sentido, respecto a una rescisión contractual: Causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentino SA y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo” del 18 de julio de 2002.

²⁷ Causa “Carl Chun Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos” También Fallos 316:382; 323:1146; 323:1515; 323:3924; 324:3019.

dimiento 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.

4. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllas están subordinadas a una legalidad imperativa. En realidad es una consecuencia lógica de lo que venimos sosteniendo, en atención a que el principio de legalidad desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y somete el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no están habilitadas a disponer sin expresa autorización legal.²⁸

5. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego de bases y condiciones instrumento en el cual se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario.²⁹

Es por ello que, como consecuencia de la igualdad y tal como se señaló con anterioridad, las modificaciones al Pliego posteriores al llamado y a la adjudicación, en principio no son válidas, debiendo ser interpretadas restrictivamente a fin de evaluar la legitimidad del procedimiento de selección y del contrato en sí mismo.

6. El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra un vínculo del oferente con la administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación que implica en definitiva la concreción del acuerdo de voluntades. Ello presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la diligencia del postulante que excede la común al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación.

Se impone, a quien contrata con la administración, un comportamiento oportuno, diligente y activo, que obliga a poner de manifiesto las circuns-

²⁸ Fallos 321:174; 316:3157.

²⁹ Fallos 316:382.

tancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales a los efectos de que el órgano estatal pueda evaluar si, ante la nueva situación, conviene al interés público proseguir con el contrato, proceder a su limitación o a otro tipo de previsión o reaseguro.

Es decir que en este enfoque, la transparencia es particularmente exigible al contratista cuyo actuar se debe configurar de manera tal, que le permita a la administración prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos.

7. Aun tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado.³⁰

La regla del *pacta sunt servanda* también se instituye como principio general del ordenamiento jurídico.

A partir de su vigencia, deberán analizarse las potestades, los derechos y las ulteriores modificaciones contractuales.

Es erróneo presumir que el contrato administrativo lleva consigo el incumplimiento estatal. Una posición semejante atenta contra el propio interés público que motivó su formación.

IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS

En las últimas décadas se ha fomentado la búsqueda de mecanismos, a fin de contrarrestar el aumento de la corrupción en los ámbitos políticos y administrativos y en consecuencia imponer procedimientos más transparentes. Ello fue concomitante con nuevas formas de relacionarse con los ciudadanos, dando lugar a otro sentido a la relación Estado-sociedad. Así, se considera que la democracia no se materializa solamente mediante el derecho al sufragio directo, sino cuando existen interacciones regulares y permanentes entre el gobierno y los ciudadanos.

Con el principio de participación se designan diversas técnicas o instrumentos, que si bien se contienen unas a otras —y por ende se relacionan estrechamente— son independientes en cuanto a su alcance y consecuencias: el acceso a la información, la participación propiamente dicha y el control.

a) En cuanto al acceso a la información, más allá de remitirnos a lo señalado respecto al Decreto 1172/03 es dable destacar la jurisprudencia de la

³⁰ Fallos 314:491.

Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores en el sentido de que estamos frente a un derecho de naturaleza social, que garantiza a toda persona —física o jurídica, pública o privada— el conocimiento y la participación en todo lo relacionado con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos³¹ y se evidencia, en tanto enderezado a la obtención de información sobre los actos públicos, como inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno.³²

El uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones que realiza la administración para mejorar los servicios y la información ofrecidos a los ciudadanos, aumenta la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementa sustantivamente la transparencia del sector público y la participación ciudadana.³³

Por eso, el denominado “gobierno electrónico” suele ser considerado instrumento valioso para revitalizar el interés y la intervención de la población en los asuntos gubernamentales e incluso se entiende que como forma de control del poder, otro de los componentes o fases de la participación.

Es indudable que un requisito indispensable para fortalecer la participación en línea es contar con los instrumentos informáticos idóneos, lo que nos hace reflexionar acerca de los obstáculos propios de quienes carecen de éstos y los bajos niveles de cultura digital que pueden existir en algunas regiones.³⁴

Además, si bien la participación supone acceso a la información, no se agota en él. Se estimula a los ciudadanos, a que individual u organizadamente, puedan expresar sus comentarios, críticas y recomendaciones y las nuevas tecnologías la facilitan y posibilitan a que más personas canalicen sus opiniones, por eso también se sostiene que es la puerta de entrada a la participación, pero ésta involucra otras acciones.

³¹ Fallos 314:1517.

³² Fallos 321:2767 (voto del docto Fayt) Este criterio es sostenido por la Sala II de la CNACAF, en la causa Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley 16986, iniciada por esa Asociación y por ACIJ con el objeto de que se condenara a la Cámara de Senadores de la nación a publicar en Internet los decretos de carácter parlamentario y administrativo emitidos por la Presidente del Cuerpo.

³³ Véase en ese sentido Castelazo, José Rafael, “La transparencia: gozne entre la ética pública y la política gubernamental”, *CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, octubre de 2005.

³⁴ Véase en este sentido, *La participación ciudadana en la era digital: La experiencia inicial de México*, ICA, octubre de 2003.

Si sostuviéramos que poniendo a disposición del público la información, a través de diversos medios, se satisface el principio de participación, alcanzaría con que, en la práctica, los organismos públicos contaran con una página de Internet.

b) La participación: Un primer enfoque para deslindar este instituto es el de la participación política y la administrativa.

La política es la acción del ciudadano para influir en el proceso político y en sus resultados, por ejemplo en la elección de autoridades, al formar parte de partidos políticos. La administrativa tiene un alcance restringido, pues se refiere al vínculo entre administración y administrado.

La idea primaria de participación está unida al concepto de Estado democrático.³⁵ Pero como bien señala Morón Urbina al comentar la figura de la audiencia pública prevista en la ley de procedimiento administrativo del Perú, es necesario que la democratización debe ser exigida para la administración pública, pues ésta es la organización más cercada a la ciudadanía. Es justamente esa participación la que persigue reforzar las posibilidades de control de la sociedad sobre la administración para completar los esfuerzos, reorientar el alcance del interés público.

En este ámbito, Comadira nos explica claramente que el administrado puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa actuando de diversos modos, durante el procedimiento administrativo que conduce a la emisión del acto, pero sin incorporarse a la estructura administrativa, o bien puede hacerlo insertándose en ésta de forma circunstancial o permanente. La primera es la participación procedimental; la segunda orgánica.³⁶

A su vez, si se considera la protección concedida por el ordenamiento jurídico es posible distinguir, otras dos especies de participación: la primera es la tutelada, o participación propiamente dicha, es la que se configura cuando el ordenamiento jurídico

...otorga al administrado el derecho, exigible en sede administrativa y judicial, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función admi-

³⁵ Meilan Gil, José Luis, "El principio de participación en la Constitución Española", *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 5, núm. 5, 2005, pp. 29 y ss. La Constitución Española se refiere en el artículo 9.2 que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social. Se trata entonces de un principio rector que debe informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

³⁶ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y participación ciudadana*, www.eldial.com, DC697.

nistrativa, sea en el procedimiento previo a la emisión del acto, sea a través de su inserción, ocasional o permanente, en dicha estructura.

La segunda o participación de otorgamiento discrecional

...se presenta cuando el ordenamiento contempla la posibilidad de que el administrado colabore en el ejercicio de la función administrativa, por medio de cualquiera de los dos modos indicados, pero sólo como una alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa y sin que ésta tenga más obligación que la de fundar su negativa cuando mediere una petición del particular.

Asimismo, el administrado puede contar con mecanismos que impliquen procedimientos de defensa o simple colaboración. Los procedimientos de selección de contratistas en el ámbito de la contratación pública, las audiencias públicas y otros modos de consulta en el marco de los servicios públicos y la intervención en sistemas de control del actuar de la administración son ejemplos en los que el administrado no se defiende, pero colabora con la administración participando en el procedimiento administrativo.³⁷

En el régimen argentino la participación ciudadana se concreta en diversos momentos de la formación y ejecución de los contratos; por ejemplo:

a) Elaboración de los pliegos de bases y condiciones generales mediante dos formas: 1) elaborándolo junto a la administración y 2) aportando sugerencia u observándolo en los términos del artículo 8o. del Decreto 1023/01.

En el primer caso, la participación se canaliza mediante audiencias públicas con el objeto de elaborar los pliegos de bases y condiciones del procedimiento licitatorio.³⁸ Las audiencias son instancias de participación “en

³⁷ *Idem.*

³⁸ Algunos ejemplos: el municipio de Morón convocó a audiencia para elaborar en forma participativa el pliego de base y condiciones que rigió un procedimiento de licitación pública internacional para la concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios, con intervención directa de Poder Ciudadano. Otro el procedimiento de selección para el alquiler de un sistema digital troncalizado de comunicaciones con que se proveerá a las policías de la Provincia de Mendoza. O el caso del 1679/96 mediante el cual, el gobernador de esa provincia aprobó el Reglamento General para la audiencia pública convocada para tratar la confección del pliego de condiciones generales y particulares para la contratación del servicio informático para la Dirección General de Rentas. En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires también ha hecho uso de este método por ejemplo frente a un proyecto de obras de readecuación de la red de drenaje del arroyo en el

el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquél que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión”.³⁹

Es, en consecuencia, que concreta la garantía de oír al interesado antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio de raigambre constitucional.

La Constitución argentina exige en el artículo 42, en materia de servicios públicos, el dictado de normas que contemplen “la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Estas audiencias traducen la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero “espectador”.⁴⁰ Por eso se encuentra entre los derechos de los ciudadanos al control y participación de los aspectos regulatorios de los servicios públicos y por lo tanto ha de ser previa a la decisión administrativa cuando se trata de actos de grave trascendencia social.⁴¹

En el otro supuesto de participación antes señalado, el artículo 8o. del Decreto 1023/02 regula que frente a la complejidad de la contratación o el monto de la contratación, los interesados pueden formular observaciones al proyecto del pliego impidiendo de esta forma futuras distorsiones de los principios de la contratación.

En lo personal, entiendo que la audiencia pública es un medio no sólo legítimo sino también coherente y a través de la cual la participación ciudadana cobra su verdadero sentido, que es el colaborar, coadyuvar a la gestión y no necesariamente obstar o impedir la actuación de los poderes públicos.

b) El instituto de la vista: Se propende a garantizar al particular tanto el derecho al debido proceso legal adjetivo, desde el punto de vista garantístico, como el control preventivo de legalidad que asegura el fin de interés público que persigue como objetivo inmediato y directo la actividad administrativa, desde el punto de vista del régimen exorbitante o de la justicia legal.⁴²

Arroyo Maldonado, en junio de 2005 se convocó a una audiencia pública para abordar cuestiones de impacto ambiental.

³⁹ Véase Decreto 1172/03.

⁴⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2006, t. II.

⁴¹ Dictámenes 234:199.

⁴² Dictámenes 245:84; 247:564.

Como mencionamos, está prevista en el artículo 19 del Decreto 1023/01.

c) Presupuesto participativo: Esta es una herramienta fundamental en materia contractual, pues mediante él la sociedad interviene en el debate, elaboración, control y seguimiento del presupuesto anual.

Es una forma o modalidad distinta a la audiencia pública, pues se concreta en la etapa misma de la decisión política de contratar: es decir no estamos frente a un instrumento ya proyecto a partir de una contratación ya decidida, sino que en el presupuesto participativo lo que se debate es “cuál será el objeto de la contratación”.

Se lo suele implementar a nivel municipal y su concreción es producto de una evolución, en el cual se construyen las reglas a los que deben ajustarse sus protagonistas.

A través de este presupuesto los ciudadanos definen las prioridades, las obras e inversiones que necesitan, dejándose de lado la actitud tradicional de pasividad o mero destinatario de las decisiones públicas, para convertirse en un sector activo y crítico.⁴³

d) Impugnando los pliegos de bases y condiciones, no sólo es un ejemplo de participación, también lo es de control. Esta impugnación puede ser en sede administrativa siguiendo los mecanismos de la Ley de Procedimientos Nacional⁴⁴ o en el ámbito judicial.⁴⁵

e) Celebración de audiencias públicas durante la ejecución del contrato, previstas en la etapa de renegociación de los contratos conforme a lo previsto en la Ley 25.561 y al Decreto 311/03 que en su artículo 8o. contem-

⁴³ Véase Ivanega, Miriam Mabel, “Participación ciudadana”, *Administração pública e participação social na América Latina*, Santa Cruz do Sul, UNISC, 2004.

⁴⁴ Por ser un acto de alcance general, corresponde su impugnación mediante reclamo impropio del artículo 24 inciso a) de la Ley 19.549, que exige la afectación directa e inminente de derechos subjetivos.

⁴⁵ Hemos indicado anteriormente que el mayor inconveniente en esta materia es el de la legitimación procesal que corresponde al ciudadano o a las organizaciones no gubernamentales para impugnar judicialmente los pliegos. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia no es uniforme pues la legitimación de las organizaciones ha sido aceptada en los casos de discriminación, salud, medio ambiente, y negada en ciertos supuestos de prestación de servicios públicos o relaciones de consumo bajo la calificación “cuestiones de índole patrimonial”. Por eso entendemos que la impugnación de pliegos de bases y condiciones correrá similar suerte a la indicada, por lo que corresponderá analizar caso por caso los derechos que pueden verse afectados por la celebración de un contrato.

pló los mecanismos de audiencia y consulta públicas posibilitando la participación ciudadana previo a los acuerdos con las empresas.⁴⁶

f) Interponiendo medidas cautelares y acción de amparo en sede judicial cuando la ejecución del contrato puede afectar derechos individuales o los derechos de incidencia colectiva como el medio ambiente y siempre que se reúnan los requisitos procesales y constitucionales exigidos para la interposición de estas acciones.

Por último cabe señalar que el tomar parte que el principio comentado apareja, implica actuar, tener injerencia, es involucrarse, ser consultado, opinar, criticar.

Confirmamos entonces que involucra la participación, también se relaciona con el control.

g) La actividad de control: El acceso a la información permite el control de la ciudadanía. En la participación propiamente dicha cuando se opina y critica también se está controlando. Pero en estos casos el control es una consecuencia, situación aunque no incompatible, distinta a cuando se instituye como un instrumento principal.

Cuando se habla del control de la ciudadanía también es necesario delimitar a qué nos estamos refiriendo, si es un control directo mediante mecanismos precisos, delimitados o si ésta es una actividad que pueda o no concretarse luego del acceso a la información o de alguna modalidad de participación.

Control es una palabra que se emplea como sustantivo, verbo o adjetivo, utilizándosela para describir un mecanismo físico, un método para llevar adelante una actividad, una etapa en un proceso, un medio para obtener un fin y en determinados supuestos extremos un fin en sí mismo.⁴⁷

Todo procedimiento o proceso instado por los interesados constituye un mecanismo de control.

Pero más allá de ese ejemplo, destacamos un supuesto que comienza a tener forma en el ámbito de la Auditoría General de la república Argentina. Se ha puesto en marcha el mecanismo de consulta denominado *Planificación participativa*, cuya finalidad es recibir sugerencias y propuestas vinculadas con los temas de mayor interés para las organizaciones repre-

⁴⁶ Ivanega, Miriam Mabel, *Cuestiones de servicios públicos y los controles administrativo (el caso de la república Argentina)*, Caracas, Sherwood (actualmente en prensa).

⁴⁷ Véase Ivanega, Miriam Mabel, *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

sentativas de los diversos sectores sociales. Esos temas pueden ser incluidos como objeto de auditorías en el Plan Anual del Organismo. Uno de los aspectos en los que este tipo de planificación ha logrado resultados visibles fue el referido a la accesibilidad urbana para personas con discapacidad.

El método surgió ante la presentación de varias organizaciones de la sociedad civil que se presentaron solicitando que el órgano de control externo, apruebe formalmente un proceso de planificación participativa, asimilándolo al procedimiento de las audiencias públicas.

V. EL SISTEMA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

El Poder Ejecutivo Nacional mediante Decreto 1545/94 creó el Sistema de Contrataciones del Sector Público Nacional, con el objeto de establecer las políticas y normas necesarias para la eficaz y eficiente obtención de los bienes y servicios que el mismo requiera.

Este criterio se mantuvo en el Decreto 1023/01 que organizó el Sistema en función de los conceptos de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa.

En realidad, ese enfoque siguió los parámetros de la Ley 24.156, que organizó la Administración Financiera y el Control Público.⁴⁸

La Oficina Nacional de Contrataciones tiene a su cargo, básicamente, las funciones de proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclara-

⁴⁸ La Ley 24.156 contiene dos principios: a) la aplicación de la teoría general de sistemas y b) la centralización normativa y descentralización operativa. Por la primera se concibe a la Administración Financiera como un macrosistema mediante el cual la planificación, obtención, asignación, utilización, registro, información y control que tiene como objetivo una gestión eficiente de los recursos financieros del Estado. Supone la interrelación de metodologías, normas y procedimientos pues todos los elementos o componentes del sistema están interrelacionados entre sí. La centralización normativa y descentralización operativa se complementan dado que implican: 1) la creación de órganos rectores en cada uno de los subsistemas (presupuesto, crédito público, contabilidad y tesorería) que definen las políticas generales y elaboran las normas y procedimientos comunes aplicables a cada sistema; y 2) la conformación en cada ente y organismo de un órgano responsable de operar en su ámbito cada sistema y aplicar las normas y procedimientos establecidos por el órgano rector. Véase *ibidem*, capítulo I.

torias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en la norma.

El sistema se completa con las Unidades Operativas de Contrataciones, que funcionan en las jurisdicciones y entidades alcanzadas por el régimen, con competencia en la gestión de las contrataciones.

Un aspecto relevante que lo vincula con el de presupuesto, es la previsión normativa que contempla “cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional” (artículo 6o.).

Esta modalidad es relevante en la medida que el presupuesto, es el instrumento principal para determinar objetivos, políticas y programas a implementar en el periodo durante el que estará vigente.

Se podrá conocer al elaborar el presupuesto, qué política concreta en materia de contrataciones aplicarán las autoridades gubernamentales en el ejercicio presupuestario. Recordemos que aquél lleva en su naturaleza la noción de visión anticipada, en lo que hace a la futura actividad estatal, el gasto y el tiempo que insumirá su concreción.⁴⁹

Uno de los mecanismos utilizados para la difusión de las contrataciones es la difusión por el sitio *web* de la Oficina Nacional de Contrataciones, las principales etapas de los procedimientos de contratación: las convocatorias, los proyectos de pliegos que la autoridad competente someta a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, los cuadros comparativos de ofertas, los dictámenes de evaluación de ofertas, las adjudicaciones y las órdenes de compra.

Se pueden consultar por este medio, los procedimientos iniciados pero que en los cuales no se ha concretado la apertura de las ofertas y los que sí se llevaron a cabo.

Los campos de búsqueda más importantes son: a) organismo, b) rubros (alimentos, maquinarias, carpintería, cerrajería, equipos de oficina y muebles, inmuebles, metalurgia, servicios profesionales, etcétera), c) tipo de procedimiento (concursos públicos o privados; licitaciones públicas o privadas, remates, subastas), d) clase (de etapa única, múltiple, nacional, in-

⁴⁹ Ivanega, Miriam Mabel, *Principios de la administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 242.

ternacional, etcétera), e) modalidad (compra informatizada, lave en mano, orden de compra abierta, entre otros).

En cuanto a los proveedores, también es posible obtener información. Por un lado se puede obtener información de un proveedor en particular si se conoce el número de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) o la razón social; y por el otro se puede buscar un conjunto de proveedores que posean las mismas características (por ejemplo por rubro comercial, o firmas habilitadas). La propia página contiene los campos de búsqueda.

A su vez, los proveedores pueden conocer datos que lo involucran, los procedimientos en los que participó, las correcciones de sus datos, entre otros.

VI. CONCLUSIONES

En el marco que se desarrolló, es evidente que la legislación ha recogido a la transparencia como un principio fundamental en la gestión de las contrataciones públicas. Pero bien sabemos que no alcanza con las normas; éstas deben aplicarse y cumplirse.

La experiencia nos muestra que la transparencia, en ciertas ocasiones, se convierte en una fórmula legislativa que atiende más a intenciones oportunistas y políticas, que al sentido que la inspira. Los niveles de corrupción no son menores en países que cuentan con una significativa cantidad de normas jurídicas.

En ese escenario, aportamos unas breves reflexiones acerca de cuatro aspectos que inciden en el cumplimiento normativo —y en la eficacia de un régimen contractual— y que entiendo que no podemos obviar a la hora de evaluar la gestión:

1. El equilibrio entre potestades públicas y garantías particulares;
2. El control que debe ejercerse sobre las contrataciones;
3. La participación ciudadana, y
4. La efectividad de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

a) El derecho no puede entenderse sin el poder, y el poder se configura, cristaliza, se racionaliza, se frena y se limita por medio del derecho. De ahí que esa relación suponga en definitiva un poder institucionalizado, es decir

abierto a valores, ajustado a derecho. Éste juridifica al poder, organizando quién y cómo se manda.⁵⁰

Por ello existe una necesidad imperiosa de coordinar e integrar al poder y al derecho; ambos extremos de la relación, imprescindibles entre sí y que se comunican. Ese es el sentido que corresponde otorgar al vínculo entre las potestades y las garantías, en el marco de las contrataciones públicas. Unas y otras coexisten en el mismo ámbito.

Las prerrogativas implican autoridad estatal lo que no significa autoritarismo,⁵¹ dado que encuentran su legitimación en el Estado de derecho. Su justificación nace tanto del interés público como del respeto de los derechos y garantías individuales. Éstos sólo pueden concretarse, si el Estado los respeta y los hace respetar. Y para ello cuenta con potestades en el marco del régimen exorbitante, limitadas por el ordenamiento jurídico.⁵²

Entre el hombre y el grupo social hay siempre presente una relación indisoluble que los une y que se manifiesta con dos perspectivas: que el individuo satisfaga las necesidades inherentes a su naturaleza; y que el grupo permita que las realice.⁵³

El denominado bien común no solo comprende el bienestar general comunitario y a su vez alcanza a cada uno de los individuos que concretan su realización espiritual. Éste es un fundamento invalorable a la hora de legitimar al poder público.⁵⁴ En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado que el ejercicio de la autoridad pública tiene

50 Véase en ese sentido, Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, pp. 323 y ss.

51 Fiorini, Bartolomé, *Derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p. 25.

52 Véase Ivanega, Miriam Mabel, “Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante de derecho privado”, *RAP*, Buenos Aires, núm. 323, 2005.

53 Fayt, Carlos S., “Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico. Su mundialización en el siglo XXI”, *La Ley*, Buenos Aires, pp. 31 y ss.

54 Como lo ha señalado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, cabe entender el bien común dentro del contexto de la Convención Americana como “un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos ...de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real ...Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones estrictamente ceñidas a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.

límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado y que el aparato estatal tiene la obligación de garantizarlos y de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de aquellos.⁵⁵

En suma, se busca el equilibrio en la interpretación de facultades y derechos, de forma tal que las limitaciones se ciñan estrictamente a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que permitan la coordinación de los distintos intereses en juego.⁵⁶

Respecto a las contrataciones públicas, es importante recalcar que las decisiones que adopta la administración durante la ejecución contractual, encuentra un doble límite: el interés público que innegablemente debe justificar la modificación, y el respeto de las garantías individuales.

El equilibrio, en tanto armonía, medida, sensatez, estabilidad y prudencia, requiere de la transparencia, como pauta interpretativa integradora en la determinación de límites y alcances de potestades y derechos.

Así, cuanto más claras son las condiciones de un contrato, cuanto más transparente es la actividad administrativa en todas sus manifestaciones, mayores posibilidades de lograr el mentado equilibrio.

La transparencia permitirá evitar —o al menos detectar— la anulación de los derechos del contratista frente al ejercicio desmedido del poder; así como las situaciones en las cuales el particular contratante abusa de su posición y elude sus obligaciones o reciben privilegios indebidos.

b) El control público es uno de los medios más eficaces para limitar el poder. Cualquiera que fuese el alcance o contenido que se les atribuya, lo cierto es que todos los instrumentos de control llevan ínsitos, en mayor o menor medida, las ideas de comparación, verificación, fiscalización de las acciones cumplidas a partir de normas, parámetros o metas.

Por eso, sin perjuicio del control que le corresponde a los órganos judiciales, resulta relevante la función que cumplen organismos con competencias específicas en esta materia, como por ejemplo los entes de control de la Administración Financiera.

Entiendo que esta función “transparenta” la actividad administrativa; en la medida que permite poner en evidencia las irregularidades y las deficiencias de la gestión. Pero a su vez, es un medio eficaz para determinar si en el desarrollo de las funciones, se cumple o no con la transparencia.

⁵⁵ Opinión Consultiva Corte Interamericana DH-OC-6/86.

⁵⁶ En ese sentido véase la Opinión Consultiva Corte Interamericana DH-OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A núm. 5, párrafos 66 y 67 CIDH.

En definitiva, existe una estrecha relación entre ambos, cuya concreción, sin duda, coadyuva a la vigencia del Estado de derecho.

Ahora bien, quiero insistir en una condición ineludible, que complementa lo expresado: *el control en sí mismo debe ser transparente*. Y ello con especial referencia a los medios aplicados, al fin perseguido y a la comunicación de los resultados —del control— a la sociedad. De lo contrario, las consecuencias negativas por violación a este principio serían aun mayores.

En efecto, para lograr una “cultura” del control público, y evitar que éste resulte inútil debe ir acompañado del principio de transparencia, en una relación simbiótica.

En el marco de los contratos administrativos, es dable observar que los procedimientos de selección y la ejecución posterior, requieren tanto de un control que acompañe su desarrollo y que permita detectar los desvíos e ir corrigiendo los errores de la gestión, como de una evaluación posterior que, junto a ese mecanismo de verificación, permita observar las conductas irregulares y, en su caso, determinar las responsabilidades.

Así, los controles internos y externos, independientes pero complementarios, si son ejercidos en tiempo y forma se convierten en instrumentos inevitables de una gestión que pretenda ser eficiente y eficaz.

c) La participación ciudadana no implica decidir o reemplazar al funcionario sino tener la posibilidad de influir en las decisiones que deberán ser tomadas por las autoridades. Por eso, no se trata de propender una participación como canal para derribar los procesos políticos establecidos conforme a la Constitución o las funciones que ésta y la legislación en general pone en cabeza de los poderes del Estado; sino la utilización de los aportes que la participación ciudadana puede brindar para hacer que el sistema de las contrataciones públicas sea más transparente, responsable y eficiente en la utilización de los fondos públicos.

En consecuencia el Estado debe dictar una legislación adecuada y fomentar una administración acorde con las necesidades de participación y control de la ciudadanía respecto de los contratos.

Para que esos instrumentos cumplan con sus objetivos deben necesariamente atender a dos condiciones: a) *el objeto sobre el que el ciudadano debe participar* es decir el tipo de contrato, (no es lo mismo informarse y participar en un contrato de suministro o concesión de obra pública, o de una obra pública) pues las consecuencias de la participación pueden ser disímiles según el tipo de derecho que se encuentre afectado; b) *el núcleo social que participa*, es decir a quién (qué sector de la sociedad) puede afectar la

formación y la ejecución de contrato, ello porque los instrumentos de participación pueden no ser efectivos en todos los ámbitos sociales.

d) La responsabilidad de los funcionarios públicos encuentra tierra fértil en los regímenes democráticos; ella presupone que gobernantes y administradores sean responsabilizados por sus actos y omisiones y rindan cuenta de ello.

El funcionario se obliga hacia la sociedad y a cada uno de sus integrantes. Por ello, tal como lo señalamos no alcanza con su reconocimiento normativo, es necesario que se concrete en la formulación de cargos, la aplicación de sanciones disciplinarias, las condenas civiles y penales.

Pero es de advertir que las responsabilidades disciplinarias, penales, patrimoniales, civiles, contables, deben ser deslindadas atendiendo a los bienes jurídicos que protegen, de forma tal que ninguna de ellas quede soslayada o solapada. Cada responsabilidad tiene un objetivo distinto y si ello no es respetado, se corre el riesgo de que la indeterminación de una de ellas, se extienda a las otras, las cuales podrían no ser investigadas con el consiguiente perjuicio de dejar impune una irregularidad.⁵⁷

Ahora bien, el Estado social y democrático de derecho no se satisface con el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; limitarlo a ello es una falacia. Si bien la evolución legal, doctrinaria y jurisprudencial ha permitido consagrar definitivamente la responsabilidad estatal; este significativo avance no puede suplir la responsabilidad de los funcionarios, pues éstos tienen aun una obligación mayor, ya que responden ante la sociedad y cada uno de sus integrantes y frente al propio Estado.

Por ello, de tramitarse una contratación irregular sin perjuicio de las consecuencias que la actuación estatal pudo producir al contratista (y sobre las cuales el Estado ha de responder) se debe perseguir la responsabilidad de los funcionarios públicos cuyo deslinde se deberá llevar a cabo, mediante la sustanciación de los procedimientos administrativos y judiciales fijados por las normas.

Y en ese contexto, debe entenderse que *la ausencia de transparencia apareja responsabilidad del funcionario, por acción y por omisión, es decir por impedirla o por no aplicar los medios para que exista.*

El más perfecto de los sistemas legales y de gestión, se *desploma* y se vuelve estéril, frente a la imposibilidad de precisar y hacer efectivas las responsabilidades de los servidores públicos.

57 Sobre el tema véase Ivanega, Miriam Mabel, *op. cit.*, nota 14, caps. IV y V.

En conclusión el principio de transparencia en materia de contractual no puede quedar en el plano de los buenos deseos, debe ser real y concreta. De ahí que resultan fundamentales que en el ejercicio de potestades públicas se logre el equilibrio entre interés público y las garantías individuales; se consolide un control efectivo y eficiente; se fomente la participación ciudadana responsable y, por último, se determinen las responsabilidades de aquellos que ejercieron conductas impropias y contrarias a derecho o que dejaron ejercer las obligaciones legales a su cargo.