

El procedimiento de la licitación pública

The bidding procedure

MIRIAM MABEL IVANEGA*

Resumen: El procedimiento de licitación pública es la regla general en materia de contratos administrativos; a través de la competencia de las distintas ofertas, la administración puede obtener los mejores productos (bienes, servicios, obras) al precio más conveniente. Ese vínculo contractual debe responder a determinados principios generales, centrados principalmente en la transparencia pública. La sociedad tiene derecho a conocer qué se contrata, con quién y bajo qué condiciones. Por eso, la juridicidad, la publicidad, el acceso a la información y la buena fe se instituyen como pilares de la estructura contractual en la actualidad. Una síntesis de las principales normas e interpretaciones jurisdiccionales permite comprender el alcance que en la práctica se ha otorgado a dichos principios.

Palabras clave: Licitación pública – contratación administrativa – procedimiento licitatorio – buena fe – contratación pública

Abstract: The bidding procedure is the general rule in contracts with the Government, through competition among different offers the Administration can get the best products (goods, services, work) at the most convenient price. That contractual bond must respond to certain general principles, mainly focused on public transparency. Society has the right to know what is contracted, with whom, under what conditions. For that reason, legality, advertising, access to the information and bona fide are established nowadays as columns of the contractual structure. A summary of the main rules and interpretations is due to understand what in practice has been given to these principles.

Key words: Bidding – administrative – contracts – tendered procedure – good faith – public procurement

CONTENIDO: I. LA LICITACIÓN PÚBLICA: PRINCIPIO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.- II. EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO.- III. TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD.- IV. LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES COMO LEY ENTRE LAS PARTES.- V. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

* Es doctora en Derecho y Ciencias Sociales, magíster en Derecho Administrativo, vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, miembro fundador y vocal del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y profesora de universidades públicas y privadas.

I. LA LICITACIÓN PÚBLICA: PRINCIPIO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El procedimiento de formación de la voluntad de la administración pública, en materia de contratos administrativos, denominado “licitación pública”, se instituye como principio general de su obrar. Por eso, aun cuando en la normativa legal omitiera instituirlo como procedimiento obligatorio, en nuestra opinión se impone su aplicación en aras de preservar la transparencia y ética públicas, lo que reduce el campo de los sistemas de “libre elección”.

Esta postura no ha sido pacífica en la doctrina argentina, pues se ha discutido acerca de si la licitación pública es un principio o si la autoridad administrativa puede elegir discrecionalmente a su cocontratante¹.

Los defensores de este último enfoque sostienen que —a la inversa de lo que expusimos— la regla general es la libre elección. Es decir que, frente a la ausencia de una norma expresa —genérica o específica— en contrario, la administración tiene la facultad de seleccionar en forma directa y discrecional a su contratista “sin más limitaciones que las que resulten válidamente oponibles a la actividad administrativa discrecional”². Este es el criterio del maestro Marienhoff, para quien la licitación pública es una excepción al principio de la libre elección, y por eso corresponde cumplir con ese procedimiento si la norma lo exige.

Por el contrario, quienes han propiciado la obligatoriedad de la licitación pública entienden que a través de ella se aseguran la legalidad, la moralidad y la conveniencia, y se limita la discrecionalidad³.

En el caso de la república argentina, la ausencia de referencia expresa en la Constitución Nacional en cuanto al principio general no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia interpretaran que ella surge, como regla general, de sus disposiciones⁴.

En realidad, la exigencia de procedimientos de seleccionabilidad autorizados por las normas, como lo indica el profesor Comadira (licitación, concurso), encuentran su base en la forma republicana de gobierno y

1 COMADIRA, Julio. *Licitación pública*. Segunda edición. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 117

2 *Ibid.*, pp. 117 y 118.

3 *Ibid.*, pp. 130-139; FIORINI, Bartolomé. *Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976, pp. 607-608; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Parte general, tomo I, décima edición. Buenos Aires: FDA, 2009, capítulo VII-43. / Bandeira de Mello optó por esta interpretación, al señalar que, al contrario de los particulares que disponen de amplia libertad para adquirir, enajenar, arrendar, contratar la ejecución de obras o servicios, el poder público, para hacerlo, debe adoptar necesariamente un procedimiento preliminar determinado rigurosamente y preestablecido legalmente. En *Curso de Derecho administrativo*. México DF: Porrúa –UNAM, 2006, p. 459.

4 COMADIRA, Julio R. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003, p. 275; FARRANDO, Ismael. “La contratación administrativa: normas y principios”. *Documentación y Administración* N° 267-268, INPA, septiembre 2003-2004, pp. 313 y siguientes, Madrid; SALOMONI, Jorge Luis. “El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores”. *Revista de Actualidad de Derecho Público*, N° 10, 1999, p. 95, Buenos Aires.

en las exigencias éticas de los estados modernos. Confirman esa tesis la Convención Anticorrupción de las Naciones Unidas (UNCAC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁵, que son el resultado de la creciente preocupación por estas prácticas que afectan las transacciones internacionales y los gobiernos de todo el mundo.

Estos instrumentos jurídicos no son los únicos, ya que integran un bloque con otras convenciones y entidades que tienden a contrarrestar los efectos nefastos de conductas irregulares y arbitrarias de los funcionarios públicos: por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), la Convención para el Combate contra el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma este criterio al sostener que: “El procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente y tiene a evitar la existencia de sobrepuestos [...]”⁶. Sobre este aspecto, se volverá en párrafos posteriores, al abordar la relevancia del elemento forma en los contratos.

A nivel legal, el actual régimen de contrataciones en el ámbito nacional (aprobado por decreto 1023/01) prevé en su artículo 24 que la licitación pública es la regla genérica de aplicación a los contratos regulados por esa norma, criterio que ya se encontraba contemplado en la ley de obras públicas (ley 13.064).

Ahora bien, la licitación pública es definida como el “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 de y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público”⁷.

No se trata de un acto complejo, sino de un procedimiento administrativo⁸, es decir, de una serie de actuaciones que lleva a cabo la administración pública en el conjunto de formalidades y trámites que tiene que observar para emitir sus actos⁹.

5 Artículo III, incisos 5 y 11.

6 CSJN, fallos 329:5976.

7 COMADIRA, Julio R. *Derecho administrativo*. Ob. cit., p. 275.

8 Entre otros autores, véase COMADIRA Julio. *Licitación pública, óp. cit.*; CASSAGNE Juan C. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005; ESCOLA, Héctor. *Compendio de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990; DELPIAZZO, Carlos E. *Contratación administrativa*. Montevideo: 1999; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Porrúa, 2003, p. 169; CSJN, fallos 306:618 y 311:2831.

9 HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 32.

259

EL PROCEDIMIENTO
DE LA LICITACIÓN
PÚBLICA

THE BIDDING
PROCEDURE

A través de ella se busca alcanzar un doble objetivo: proporcionar a las entidades gubernamentales la posibilidad de realizar el negocio más ventajoso; y asegurar a los administrados la posibilidad de disputar la participación en esos negocios. Con ello, se atienden tres exigencias públicas: la protección a los intereses públicos y recursos gubernamentales —al procurar la oferta más satisfactoria—, el respeto al principio de impersonalidad, y la obediencia a los mandamientos de probidad administrativa¹⁰.

En ese marco se acercaran reflexiones sobre ciertas reglas que, a nuestro entender, constituyen pilares de las contrataciones administrativas en la actualidad. Para ello, se hará referencia a normas vigentes en la república argentina.

II. EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado la categoría del “acto inexistente” en el análisis de diversos casos en los que los contratos administrativos se celebraron sin cumplir el procedimiento previo, al atribuirle a la forma el carácter de “requisito esencial de su existencia”.

Es el medio elaborado por el ordenamiento jurídico para garantizar el regular cumplimiento de interés público que justifica la actividad pública, y para hacer efectivas las garantías que protegen a los derechos e intereses de los ciudadanos respecto de aquel comportamiento.

Por ello, la contratación como una expresión más del actuar jurídico de la administración configura el resultado de un procedimiento que se articula mediante diferentes etapas: es el procedimiento contractual administrativo el que, al proyectarse sobre la esfera jurídica de los particulares, debe desenvolverse con estricta sujeción a las garantías de igualdad y debido proceso legal¹¹.

Las particularidades del Derecho administrativo concuerdan con el principio general vigente en el Derecho privado, en el sentido de que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescrita¹². La forma se convierte en un requisito esencial, que trasciende su mero carácter instrumental para ubicarse en el plano de los comportamientos éticos.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Derecho...* Ob. cit., p. 461.

11 En ese sentido, véase el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, caso Diavil S.R.L., del 13 de marzo de 1987.

12 Causa Carl Chun Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos. También los fallos 316:382; 323:1146; 323:1515; 323:3924; 324:3019.

En nuestra opinión, la exigencia de que el vínculo contractual cumpla con determinadas formalidades se vincula con el interés público comprometido o con su valor probatorio, pero también con la transparencia porque, mediante las formas, se evita que esas contrataciones —que involucran fondos y bienes públicos— queden en la esfera reservada de quienes las celebran. La sociedad tiene derecho a conocer *qué se contrata, con quién y bajo qué condiciones*; en definitiva, su relevancia excede el conocimiento de los posibles interesados¹³.

En atención a lo señalado y de que en los contratos públicos se desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, el organismo licitante tampoco puede, en las bases del llamado a licitación, insertar cláusulas que no respetaban las disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales¹⁴.

Es paradigmático el caso Mas Consultores¹⁵, pues el tribunal, insistiendo en su concepción de validez contractual supeditada a las formas legales, consideró que la prueba de la existencia de un contrato administrativo está íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Al haberse omitido la licitación pública —exigida por la ley vigente—, reafirmó que, cuando la normativa requiere de una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, aquella debe ser respetada “pues se trata de un requisito esencial de su existencia”

Es decir, *hace a la existencia del vínculo contractual, el cumplimiento de los procedimientos previos a su formación*. Diríamos que el contratista no puede invocar derecho alguno “sobre lo que no existe”.

Este enfoque fue reiterado por la corte¹⁶, que incluso llegó a descartar la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, si no se probaba el empobrecimiento. Por ende, el contratista debía iniciar la respectiva acción para probar su derecho a repetir¹⁷.

13 En cuanto a la publicidad, puede verse IVANEGA, Miriam M. “Apuntes de la licitación pública”. *Revista de Derecho Público*, 2006-I, Santa Fe; Rubinzal Culzoni, 2006, p. 127. También CSJN, fallos: 311:750 y causa Finmecánica Spa Aérea Alenia Difesa c/ Ministerio de Defensa, de la CNFed.CAdm., sala I, del 6 de noviembre de 1998.

14 Véase CANDA, Fabián. “La importancia del elemento forma en el contrato administrativo en cuestiones de contratos administrativos (consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”. En *Cuestiones de contratos administrativos*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2007, p. 35. Y, en particular, los fallos 308:618; 311:2831; 316:382 y 326:3700.

15 Fallos 323:515.

16 Fallos 323:1841; 323:3934, 326:1280; 327:84; 328:3299. También Linxer SA c/ GCBA y Galerías Guemes S.A.I. c/ Ciudad de Buenos Aires de la CCAdm. y Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 13 de febrero de 2004. En este último caso, el tribunal entendió que resultaba de nulidad absoluta un contrato de locación cuyo cocontratante fue seleccionado en forma directa, sin recurrir al procedimiento licitatorio.

17 E incluso llegó a negar todo derecho al contratista en el caso Carl Cheng Ching Kao, fallos 324:3019. En la causa Magnarelli, César Adrián c/ Misiones, Provincia de y otros s/ cobro de pesos, la corte sostuvo: “No es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades exigidas [...]”.

261

EL PROCEDIMIENTO
DE LA LICITACIÓN
PÚBLICA

THE BIDDING
PROCEDURE

El reconocimiento del enriquecimiento y el empobrecimiento está vinculado a la buena fe, y se entiende que no es procedente la acción de repetición si existió mala fe de la contraparte empobrecida. Desconocer un contrato por la falta del procedimiento previo tiene un afán de exigencia ética y transparencia, por lo que resultaría incongruente que a aquello que se veda —al negar la existencia del contrato— se le reconozca luego mediante la figura del enriquecimiento sin causa, salvo que el contratista acredite la buena fe y el desconocimiento de los trámites omitidos¹⁸.

En definitiva, como la omisión de los recaudos formales que llevan a la celebración del contrato implica la inexistencia del vínculo contractual, queda al contratista la posibilidad de justificar el enriquecimiento sin causa, que debe ser solicitado expresamente. En este caso, debe probar que la administración se enriqueció, que él se empobreció y el nexo causal¹⁹, y siempre es necesario demostrar la buena fe en toda su actuación²⁰.

El criterio de la inexistencia —el “no-acto administrativo o un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica”, en los términos de Agustín Gordillo²¹— ha sido criticado por ser ajena al Derecho administrativo y por desconectarlo del sistema de nulidades previsto en el régimen público argentino²².

Tal acto es aquel que en el Derecho civil se identifica como el que carece de requisitos esenciales y, por lo tanto, no tiene efectos jurídicos. Sin embargo, en el Derecho administrativo el sistema de nulidades consagrado en la Ley de Procedimientos Administrativo Nacional (19.549) es diferente al previsto en el Código Civil, al recoger solamente la distinción entre actos nulos y anulables en forma correlativa de la nulidad absoluta y relativa, respectivamente²³. No en vano se continúa debatiendo el tema.

Corresponde rechazar la demanda de cobro de pesos en concepto de retribución de servicios prestados por una empresa dedicada al transporte fluvial recreativo de pasajeros contra la Provincia de Misiones, si no se acreditó debidamente el vínculo obligacional, pues no se cumplieron las condiciones a que deben someterse las contrataciones del Estado —tanto en el ámbito provincial como en el nacional—, no se acompañó copia de la factura de pago —emitida a nombre de una UTE con la cual el demandante no había celebrado ningún convenio— y no se ofreció prueba sobre los registros contables”. Fallos 326:1280.

18 CANDA, Fabián O. *La importancia del elemento...* Ob. cit., p. 46.

19 En similar sentido véase CANDA, Fabián. *Ibid.*, p. 51.

20 Acerca de la revocación en sede administrativa del contrato celebrado en violación a las formas legales, puede verse *Warning SA c/ Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), CNFed C. Adm.*, sala IV, del 5 de noviembre de 2002.

21 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p. XI-22 y siguientes.

22 CHRISTE, Graciela E. y Ramiro SÁNCHEZ CORREA. “Nuevamente en torno al precedente de Ingeniería Omega S.A.”. *JA. Suplemento Derecho Administrativo*, 2007-IV, Lexis Nexis, p. 17 y siguientes.

23 El artículo 7 de la ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, después de la reforma introducida por el decreto 1.036/2001) establece: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”. Comadira ha señalado que la aplicación directa dispuesta por esa norma, refuerza el

Referirse al contrato inexistente significa que no ha tenido nacimiento como tal; sin embargo, se ha postulado que, si en virtud de él una de las partes comenzó su ejecución y entregó el objeto que hace a su prestación, la justicia conmutativa —que rige en todo Estado de Derecho— obliga a su restitución.

Esta justicia no se contrapone a la justicia distributiva, sino que se integran; de ahí que debe procurarse el marco necesario para alcanzar la plenitud de “lo justo” para todos los actores del orden social²⁴.

La teoría de la inexistencia no fue receptada por la normativa administrativa; para los actos que carecen de elementos esenciales o vicios graves en ellos, el ordenamiento prevé la nulidad absoluta²⁵. Así, por ejemplo, el profesor Julio Rodolfo Comadira, al analizar la seleccionabilidad del contratista, reglada y pública como principio constitucional, admite dicha nulidad para los casos de omisión del procedimiento licitatorio²⁶.

En definitiva, no es posible obtener conclusiones determinantes, mucho menos después de lo decidido por la Corte Federal, en diciembre de 2006, en el caso *Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, del que resulta difícil deducir con certeza un cambio de criterio acerca de la inexistencia y del rechazo del enriquecimiento sin causa.

Excede a este trabajo analizar esta decisión y los interrogantes que deja planteados; solo hemos de indicar que en ese fallo, sin aludir a la nulidad y siguiendo sus precedentes²⁷, se revoca la decisión de la instancia anterior —que había declarado la nulidad del contrato y ordenado restituir a la actora los productos medicinales suministrados— y entiende que el municipio, al haber reconocido la entrega de insumos y que estos fueron consumidos, debería convocar a una licitación pública para devolverlos.

criterio según la cual los contratos son concebidos por la ley como actos administrativos. Véase COMADIRA, Julio R. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002, pp. 46-47.

24 SUÁREZ, Gladys G. “Acerca de la inexistencia contractual y sus consecuencias jurídicas”. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*, N° 344, pp. 105-113.

25 Entre los autores que rechazan la figura de la inexistencia en el Derecho argentino, véase MARIENHOFF, Miguel S. *El Derecho administrativo argentino hoy. Ciencias de la administración*. Buenos Aires: 1996, p. 21; ESCOLA, Héctor J. *Compendio de Derecho administrativo*. Volumen I. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 530; COMADIRA, Julio R. *Procedimientos administrativos. Ley de Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y concordada*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 279 y siguientes; CASSAGNE, Juan C. *Derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 184 y siguientes; HUTCHINSON, Tomás. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley N° 19.549. Comentada, anotada y concordada*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 310. Los que aceptan esta teoría en el Derecho administrativo son FIORINI, Bartolomé. *Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1968; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2004.

26 COMADIRA, Julio R. *La licitación pública*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 271.

27 Coincidimos con Gladys Suárez en que “el argumento central del precedente de la Corte no se asienta en la nulidad de la contratación sino en su inexistencia. Sin embargo, el a quo soslaya tal circunstancia, al equiparar ambos institutos para aplicar los efectos del primero”. SUÁREZ, Gladys. “Acerca de la inexistencia contractual...”. Ob. cit.

Sobre la base de esas consideraciones, señala que corresponde que los jueces de la causa determinen el importe a restituir para evitar “que la comuna se enriquezca a expensas del patrimonio del particular sin compensación alguna”²⁸.

Si bien defendemos el principio general de la licitación pública y aceptamos la rigidez con que la Corte Suprema juzga su omisión, entendemos que limitar el análisis a si estamos frente a un supuesto de nulidad o de inexistencia y hacer depender de ello el pago de servicios efectivamente realizados —y aprobados— o la devolución de bienes entregados puede derivar en una mayor injusticia que la que se quiere evitar —si se admitiera la validez de contratos celebrados al margen de la legalidad—.

Cada caso debe ser analizado puntualmente, conforme a las circunstancias de hecho que rodearon a la contratación, su objeto, el avance de su ejecución y, por supuesto, el régimen legal.

Pero aun en el caso de admitirse el criterio del acto inexistente, no debe descartarse la generación de consecuencias jurídicas para las partes, pues no se pretende que el contratista obtenga beneficios de un “no-contrato” o contrato nulo, sino que reciba lo “que le corresponde”, el equivalente al servicio prestado o bien entregado, si han sido expresamente recibidos por la administración en virtud de la necesidad que motivó llevar adelante el acuerdo²⁹. Ello también involucra el principio de buena fe.

III. TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD

Estos principios, como todos los que informan el procedimiento licitatorio, trascienden esta etapa y se proyectan sobre la vigencia de todo el contrato administrativo. Sin perjuicio de ello, en la formación de la voluntad administrativa cobran una especial virtualidad en cuanto constituyen los cimientos sobre los que debe reposar las interpretaciones posteriores entorno al alcance de prerrogativas y derechos.

Los contratos administrativos en su formación y ejecución constituyen uno de los ámbitos más vulnerables en materia de corrupción; confluyen allí la trasgresión de normas constitucionales, legales y reglamentarias y, también, el peso económico que es soportado por las arcas públicas, frente al pago de los costos superiores que la corrupción supone.

²⁸ Considerando 4.

²⁹ En sentido similar, SUÁREZ, Gladys G. “Acerca de la inexistencia contractual...”. Ob. cit. La citada autora propicia la aplicación a los contratos administrativos del criterio civilista defendido por Borda, en el sentido de que la obligación de restituir no proviene de la nulidad en sí misma, sino del título que invoque cada parte sobre la cosa entregada. El fundamento de la restitución reposa en la subsistencia del derecho preexistente al acto nulo.

Se trata, pues, de un deber de transparencia en pro, no sólo de los oferentes, sino de cualquier ciudadano³⁰.

A título de ejemplo, cabe citar el decreto 1023/01 del Régimen de Contrataciones de la administración Nacional, que estipula que es causal determinante del rechazo de la propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que:

- a. funcionarios públicos, con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones;
- b. se haga valer la influencia de su cargo ante otro funcionario público con la competencia descrita, a fin de que estos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones,
- c. cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario público con la competencia descrita, a fin de que estos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

Son considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista, directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos o como cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.

En forma concordante, la ley 25.188³¹ 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 2, inciso a).

A su vez, establece la incompatibilidad con el ejercicio de la función pública “dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier 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 nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Y consecuentemente las firmas contratantes o concesionarias

265

EL PROCEDIMIENTO
DE LA LICITACIÓN
PÚBLICA

THE BIDDING
PROCEDURE

MIRIAM MABEL IVANEGA

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de Derecho...* Ob. cit., p. 468.

31 B.O. 01/11/99.

serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que por esos actos le ocasionen al Estado.

En ese contexto, el carácter público de la licitación se inserta en el principio general de la transparencia, que conforma una exigencia de toda la actuación estatal.

Estamos en presencia del principio de publicidad: dar a conocer la convocatoria a los posibles oferentes, para que también se concrete la regla de la concurrencia.

Ahora bien, es importante subrayar que aquel no debe limitarse a las publicaciones que exigen las normas legales. “Publicitar” es poner a disposición de la sociedad, en forma directa e inmediata, toda la información atinente a los contratos administrativos, el objeto, las condiciones, el monto, la empresa contratista.

Se trata del acceso a la información, cuya finalidad es justamente la provisión al ciudadano de información completa, adecuada, oportuna y veraz, con lo cual se garantiza 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.

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.

Este es el sentido del decreto 1172/03, que aprobó cinco reglamentos generales, entre ellos el de Acceso a la Información Pública³². Dicho reglamento se aplica en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y cualquier 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 del sector público nacional. También se incluyen 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*

³² 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.

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 o interés legítimo, ni contar con patrocinio letrado.

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 si es que median circunstancias que dificulten reunir la información solicitada.

La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre al efectuarse la petición, y el sujeto requerido no está obligado 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 corresponderle³³.

33 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.

267

EL PROCEDIMIENTO
DE LA LICITACIÓN
PÚBLICATHE BIDDING
PROCEDURE

IV. LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES COMO LEY ENTRE LAS PARTES

Sobre la base de la necesidad a satisfacer, que debe perseguir toda contratación administrativa, el llamado a licitación consiste en un paso inicial conformado por la invitación a formular ofertas; en el caso de que revista el carácter de pública, está dirigida a todos aquellos que, siempre que satisfagan las exigencias de la legislación, decidan presentar propuestas³⁴. El pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas que redacta la administración y donde especifica el suministro, servicio u obra a licitar y establece el trámite a seguir en el procedimiento y las condiciones del contrato a celebrarse³⁵. Las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares son la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes³⁶.

Sus cláusulas son obligatorias para todos los intervinientes en el proceso licitatorio, inclusive para la propia administración, y su cumplimiento interesa al orden público por ser la ley del contrato. Por ello resulta necesario que los organismos licitantes, dada la importancia que tienen los pliegos en los procesos licitatorios, redacten su contenido en forma clara y precisa, a fin de evitar perjuicios a los oferentes y futuros adjudicatarios³⁷.

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

A su vez, los pliegos no pueden modificarse a riesgo de producir discriminaciones o un trato desigualitario entre los oferentes. Alterarlos antes de la adjudicación importa virtualmente un nuevo llamado a licitación, pues la modificación carece de efectos respecto de los oferentes que se hubieren presentado; la recepción de propuestas limita la facultad del licitante de modificar los actos publicados en el anuncio de licitación³⁸.

Hay dos especies de pliegos: los *generales*, que contienen disposiciones relativas a todos los contratos de una misma clase o a todos los contratos

34 COMADIRA, Julio R. *La licitación pública*. Ob. cit., p. 9. También FIORINI Bartolomé e Ismael MATA. *Licitación pública, selección del contratista estatal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972.

35 En ese sentido, véase SAYAGUES LAZO, Enrique. *La licitación...* Ob. cit., p. 101.

36 PTN dictámenes 177:78; 252:183. El decreto 1023/01 prevé en su artículo 8 que, cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

37 Dictámenes PTN 207:343; 233:525.

38 Dictámenes PTN 178:127.

que celebra la administración; y los *particulares*, que se refieren a un contrato particular.

Los pliegos generales son actos de alcance general normativos, es decir, reglamentos, dada su vocación de permanencia, que se aplican a una pluralidad de casos indeterminados y que terminan incorporándose al ordenamiento jurídico. Los particulares son actos generales no normativos, que se consumen con la selección del contrato para el cual fueron redactados³⁹.

Las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares son la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes⁴⁰. Estos instrumentos jurídicos se convierten en ley para las partes, conforme la interpretación del Máximo Tribunal de Justicia, carácter que limita la autonomía de la voluntad, propio del Derecho privado y que, por lo tanto, impida que se introduzcan, a través de los pliegos o de circulares aclaratorias, previsiones que se aparten de las normas que rigen la licitación⁴¹.

Al configurarse entonces un bloque contractual de la juridicidad reflejada en los pliegos, se derivan por lo menos dos consecuencias. Primero, el deber de sujetarse estrictamente a sus disposiciones, durante todo el desarrollo de la licitación, e incluso luego de la adjudicación, en la ejecución del contrato, ya que en esta etapa no pueden introducirse modificaciones que impliquen la alteración a las condiciones originariamente fijadas por la administración. En segundo término, la prohibición de que los pliegos contengan cláusulas que exceptúen o contradigan el cumplimiento de las normas legales.

La jurisprudencia ha sido contundente en ambos sentidos. Así, la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego de bases y condiciones⁴², instrumento en el cual se especifica el objeto de las contrataciones: los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario⁴³.

Por ello, y como consecuencia del principio de igualdad, las modificaciones al pliego posteriores al llamado a licitación y a la adjudicación, en principio, no son válidas; deben ser interpretadas en forma restrictiva a fin de evaluar la legitimidad del procedimiento de selección y el contrato en sí mismo.

Por otro lado, también confirmó que, para que un derecho encuentre fundamento, es necesario que su contenido se sujete a los principios

39 COMADIRA, Julio R. *Derecho administrativo*. Ob. cit., p. 311.

40 Dictámenes 177:78; 252:183.

41 RETJMAN FARAH, Mario. "Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas". *La Ley. Suplemento de Derecho Administrativo*, agosto 2010, p. 197 y siguientes. CSJNA, fallos 316:3157.

42 Fallos 308:618 (sexto considerando).

43 Fallos 316:382.

269

EL PROCEDIMIENTO
DE LA LICITACIÓN
PÚBLICA

THE BIDDING
PROCEDURE

generales de la materia. A su vez, para indagar tal condición debe considerarse que la integración de los contratos administrativos presupone la subordinación de sus disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias⁴⁴: “Los contratos públicos están sujetos a contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos y que, en consecuencia, no resulta legítimo en las bases del llamado a licitación insertar cláusulas que no respeten las disposiciones vigentes”⁴⁵.

Si bien es preparado en forma unilateral por la administración, el decreto 1023/01 prevé cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente. El llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares⁴⁶.

V. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

El principio cardinal de la buena fe hace exigible, por un lado, a la administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar y, como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público.

Estas expresiones, vertidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo*⁴⁷ del año 2002 son reflejo del significado que cabe asignar a ese principio en materia contractual.

Está enraizada en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura, y una de sus derivaciones es el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros. Así, el ejercicio de todo derecho debe tener lugar dentro de los límites impuestos por dicho principio, traspasados los cuales aquel deviene abusivo y, por ende, no resulta amparado por la justicia⁴⁸.

Es una regla en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores la aplicación del artículo 1198 del Código civil, pues “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron

44 CSJN, fallos 326:1136.

45 CSJN, fallos 326:3700.

46 Artículo 8.

47 CSJN, fallos 325:1787.

48 CSJN, fallos 325:1787; 326:304 (disidencia de los doctores Eduardo Moliné O' Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López), *Aguas Cordobesas c/ Provincia de Córdoba*, TSJCórdoba, sala contencioso administrativa, del 14 de octubre de 2005.

o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión [...], principio que es aplicable en el ámbito de los contratos administrativos”⁴⁹.

Siguiendo ese criterio, entendió que lo relacionado con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, así como la interpretación de sus cláusulas y la precisión de sus alcances, remitía al análisis de cuestiones de hecho, prueba, derecho común y local, propias de los jueces de la causa e irrevisables por su naturaleza, como principio, en la instancia extraordinaria ante la corte.

No obstante, se reconocería la excepción a esa regla cuando los jueces asignaran a las cláusulas del contrato un alcance reñido con la literalidad de sus términos y la clara intención de las partes o se hubiesen omitido ponderar argumentos y pruebas conducentes para la correcta solución del pleito (confróntese la doctrina de los fallos 312:1458 y 315:379)⁵⁰.

Asimismo, al existir una relación contractual, se sostuvo que el concesionario de una ruta no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio. Esta calificación importa que haya una obligación nuclear del contrato, “constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (artículo 1198 del Código Civil).

Entre estos últimos existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsible⁵¹.

V.1. La diligencia del contratista y la buena fe

El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra un vínculo del oferente con la administración y lo sujeta a la eventualidad de la adjudicación, que implica, en definitiva, la concreción del acuerdo de voluntades⁵².

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 licitación⁵³.

Se impone a quien contrata con la administración un comportamiento oportuno, diligente y activo, que obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales a los

49 CSJN, fallos 305:1011; 311:971; 315:158; 319:469; 326:2625; 326:2686; 326:3135; 328:2004; 329:809.

50 CSJN, fallos 327: 4723.

51 CSJN, fallos 329:4944.

52 IVANEGA, Miriam Mabel. *Instituciones de Derecho administrativo*. Bogotá: UEC, 2011.

53 En ese sentido, véase también PTN, dictámenes 163:477; 213:147; 251:283.

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 reaseguro⁵⁴.

Ese deber importa el conocimiento de las normas específicas en materia contractual, entre ellas las que determinan las formas esenciales para el perfeccionamiento del vínculo con el Estado. No se trata de la ficción genérica de conocer el Derecho, sino de los conocimientos que se derivan del deber de diligencia que impone cierta posición jurídica subjetiva singular: el hecho de ser contratista del Estado.

Con mucha más razón, si el vicio que originó la revocación de un contrato, no pudo pasar inadvertido en la medida que afectaba principios jurídicos cardinales de la licitación⁵⁵.

Al celebrar el contrato, el contratista debe obrar con pleno conocimiento de las cosas (artículo 902 del Código Civil), máxime en contratos cuya magnitud de los intereses en juego le impone una actuación de modo que deba prever cualquier eventualidad que pueda incidir negativamente en el resultado económico del convenio. Por ello, debe adoptar las diligencias adecuadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar (artículo 512 del Código Civil, doctrina de fallos 300:273). En consecuencia, si incurrió en un error en la interpretación de cláusulas contractuales —o en algunos de sus instrumentos complementarios— este proviene de una negligencia culpable que impide su invocación (conforme con el artículo 929 del Código Civil)⁵⁶.

En similar sentido, la diligencia del contratista es exigida en los casos de prórroga contractual, mucho más cuando la continuidad dependía únicamente de la voluntad de aquel y de la correcta comunicación a la administración. De ahí que haya debido exigirse a sí mismo una mayor prudencia —propia de la trayectoria y de la experiencia en el mercado que la empresa admitió—. Si la conducta seguida por la actora para ejercer la opción de prórroga es manifiestamente inconciliable con el verosímil entendimiento del conjunto de cláusulas contractuales, se contraría el artículo 1198 del Código Civil⁵⁷.

El cocontratista debe actuar siempre con la necesaria diligencia y poner en la realización de los trabajos el cuidado y la atención que son propios de quien se desempeña como un colaborador de la administración pública en el logro de un fin de interés público. Por ello aquella tiene el correlato derecho a exigir a su contratante el fiel y exacto cumplimiento

54 CSJN, fallos 329:5319.

55 En ese sentido, CNACyT de la Ciudad de Buenos Aires, sala I, Martínez y De La Fuente c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos, del 31 de mayo de 2004.

56 CSJN, fallos 300:273; 303:323; 316:382; 326:2625.

57 CSJN, fallos 323:3035.

de todas las obligaciones previstas en el contrato y en la documentación que forma parte de él.

Este cumplimiento no se limita solamente a lo expresado en las actuaciones, sino a todo aquello que deba considerarse que está virtualmente comprendido en sus previsiones y que resulte necesario para que se configure la regular y debida ejecución del contrato⁵⁸.

V.2. La interpretación literal del contrato

Si los términos o expresiones empleados son claros y terminantes, solo cabe limitarse a su aplicación, sin otra labor hermenéutica adicional⁵⁹. Por eso, cuando no existe ambigüedad ni oscuridad en una cláusula contractual, no es conducente recurrir a otras pautas interpretativas⁶⁰.

Durante la etapa precontractual, los oferentes y terceros interesados deben impugnar el pliego cuando este contiene cláusulas ilegales limitativas, oscuras, que pueden inducir a error, o de objeto imposible, así como exigencias que contravienen el pliego reglamentario o la ley, requisitos formales superfluos, cláusulas indeterminadas, preferencias o marcas no autorizadas por ley.

Por eso, si la recurrente entendía que los plazos fijados para la entrega tenían las características de irreales y exiguos, no debió haberlos consentido para luego, una vez que le fue adjudicado el contrato, incumplirlos. Este tipo de conducta es constitutiva de incumplimiento contractual y resulta lesiva a la buena fe, principio que debe primar en todo el desarrollo de la contratación administrativa⁶¹.

V.3. La coherencia de la conducta de las partes. La doctrina de los actos propios

Es criterio consolidado que la conducta de las partes constituye base cierta de interpretación de los términos del vínculo jurídico que las une. A su vez, y como consecuencia lógica, los hechos de los contratantes subsiguientes al convenio son útiles para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrarlo y constituyen un valioso elemento interpretativo⁶².

Bajo ese enfoque, se rechazó la interpretación que convalida una modificación unilateral de los términos contractuales, cuando su alcance no se compadece con la conducta observada por la administración con

58 CSJ de Santa Fe, Cía. Estudios y Construcciones Ingeniero Rodolfo José Comero c/Provincia de Santa Fe s/Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, del 27 de mayo de 1987.

59 CSJN, fallos 307:2216; 314:363.

60 CSJN, fallos 329:809.

61 PTN, dictámenes 262:548.

62 CSJN, fallos 300:273; 322:2966; 327: 4723 (dictamen del procurador).

posterioridad a la vigencia del contrato y prescinde de considerar que los contratos son también ley para las partes, y que deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe⁶³.

El artículo 1198 del Código Civil “exige de los contratantes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conductas perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en la otra parte”⁶⁴.

En todo supuesto, deben valorarse las particulares circunstancias que rodearon a la estipulación —sus antecedentes y conductas sobrevivientes—, en orden a reconstruir el contexto negocial que motivó la expresión de voluntad común en los términos que se pretenden desentrañar⁶⁵.

En la causa Exolgan, la corte dejó sentado que la buena fe implica un deber de coherencia en la actuación “que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever”. Es una regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la celebración y ejecución de los contratos, aplicable por igual en el campo del Derecho privado como del administrativo. Su vigencia hace exigible un comportamiento ajeno a los cambios perjudiciales, y desestima toda actuación que implica un obrar incompatible con la confianza que, merced a los actos anteriores, se haya suscitado en la contraparte⁶⁶.

Ahora bien, a fin de atribuir a la conducta valor de regla, es preciso que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces. De lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo⁶⁷.

De esa manera, cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y consintió, lo que excluye, en consecuencia, la posibilidad de su posterior impugnación. El voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su posterior impugnación⁶⁸.

El Máximo Tribunal de Justicia, en forma expresa, ha analizado la invocación de la doctrina de los actos propios al entender que sirve para

63 CSJN, fallos 314:941; 316:212; 327:4723 (dictamen del procurador).

64 CSJN, fallos 315:890; 327:5073.

65 CSJN, fallos 329:809 (disidencia Moliné O'Connor).

66 CSJN, fallos 308:191 (considerando 5); 314:491; 326:1851.

67 CSJN, fallos 326:1851.

68 CSJN, fallos 305:826; 307:358.

descalificar ciertos actos que contradicen otros anteriores, cuando una solución opuesta importa restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces⁶⁹.

Asimismo, confirmó que su aplicación implica la existencia de:

[...] identidad subjetiva, esto es, identidad entre el sujeto del que emana un acto y que posteriormente realiza una conducta contradictoria, de manera que ambos comportamientos hayan sido seguidos o resulten imputables a una misma persona, y que la contradicción se configure dentro de una misma situación o relación jurídica o, expresado con otras palabras, dentro de un mismo “círculo de intereses” [...]. Sólo es posible tomar como vinculante una conducta que, objetivamente, pueda suscitar en el “adversario” la confianza de que esta conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica⁷⁰.

Cabe rechazar esta teoría si las declaraciones de las partes en un convenio comportaron el reconocimiento de derechos y la asunción de deberes recíprocos, sin que las voluntades aisladas puedan interpretarse con prescindencia de los hechos que les dieron origen, ni hacer prevalecer párrafos separados y atribuir al acto efectos que no condicen con el carácter general de la declaración ni con la voluntad inequívocamente manifestada en ella⁷¹. No solo la buena fe, sino también la libertad de contratar de la administración y hasta la misma seguridad jurídica quedarían gravemente resentidas si se admitiera y pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien primero concurre a consumir el contrato y luego procura ponerse en contradicción con sus propios actos, al ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente⁷².

Sobre esa línea de razonamiento, y con similares argumentos, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos y ejercer una conducta incompatible con una anterior, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. En el procedimiento administrativo, puede inferirse que va contra sus propios actos el administrado que intenta formular una pretensión dentro de una determinada situación —o secuencia de actos— incompatible con su primer obrar⁷³.

Es indudable que la buena fe y la coherencia se encuentran ínsitas en el principio de transparencia, en la medida en que imponen la actuación

69 CSJN, fallos 300:909; 307:1602; 308:72; 308:191; 310:2117; 323:3035; 329:755; 329:5793.

70 CSJN, fallos 325:1787. En sentido similar, CSJ de Santa Fe, Construcciones Río Paraná SRL c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, del 29 de diciembre de 2004.

71 Fallos 327:5073 (dictamen Procuración General de la Nación).

72 Fallos 329:3986; disidencia de los doctores Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia.

73 PTN, dictámenes: 213:314.

275

EL PROCEDIMIENTO
DE LA LICITACIÓN
PÚBLICA

THE BIDDING
PROCEDURE

clara, precisa y sin ocultamientos tanto del Estado como del privado, desde el inicio del procedimiento hasta su conclusión.

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.

También se ha sostenido que la omisión de actuar en el ámbito apropiado para lograr el retiro de la oferta —y el hecho de haberlo intentado a través de una vía evidentemente fútil (por ejemplo, una nota presentada en la mesa de entradas de la entidad, diez minutos antes de la hora señalada para la apertura de ofertas)— no traduce por parte del oferente un “comportamiento oportuno, diligente y activo, exigible de los licitadores y contratistas estatales, sino más bien displicente y despreocupado”⁷⁴.

En conclusión, en materia de contratos administrativos, el Estado social y democrático de Derecho exige la conformación de todas sus etapas con absoluto respeto al principio de transparencia, incluidas la juridicidad, el acceso a la información, la publicidad y la buena fe.

Bajo esas reglas, es posible exigir eficiencia en el uso de los recursos públicos al reconocer que la sociedad siempre será la destinataria, directa o indirecta, de las obras, los bienes y los servicios que constituyan el objeto de aquellos contratos.

74 CNACAF, sala II, 26 de octubre de 1999, *Universal Services S.A. c/ Banco Central de la República Argentina s/ proceso de conocimiento*.