

¿El Fin de la Garantía de Impugnación en Materia Licitatoria?*

Guido Santiago Tawil**

“El autor señala que la garantía de impugnación es un mecanismo que tiene como finalidad desalentar las conductas inadecuadas de los contratistas, presiones indebidas sobre los funcionarios actuantes en el proceso licitatorio e impugnaciones temerarias. Estas conductas vulneran principios del procedimiento administrativo e impiden la eficacia práctica de los contratos, por lo cual el Ordenamiento Jurídico debe reconocer a la garantía de impugnación en normas generales en materia de contrataciones administrativas y completamentarla con otros mecanismos que cumplan la misma finalidad.”

I. A Modo de Introducción

Cuando en el ámbito del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, su actual director –el académico Juan Carlos Cassagne– anunció la idea de realizar un libro en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, ello generó en mí dos sensaciones encontradas.

Por un lado, la alegría de saber que, a los merecidos homenajes a su memoria ya realizados, se sumaría el justo reconocimiento de uno de los institutos académicos más prestigiosos del país en el que –gracias a la gentil invitación de sus directores, los profesores Marienhoff y Cassagne– tanto Julio como muchos otros administrativistas hemos podido trabajar desde hace ya más de dos décadas.

Por el otro, la duda respecto a cual podría ser el tema más adecuado para este homenaje.

Me unía a Julio una relación muy especial. Aún cuando nuestra formación difería en algunos aspectos y no coincidíamos siempre en nuestra visión de la especialidad, nuestros disensos eran esencialmente académicos y no ocultaban el afecto y respeto recíproco que nos profesábamos¹. Julio fue una persona intachable, un administrativista brillante, un maestro inigualable², un esposo y padre ejemplar y, en lo que a mí respecta, un gran amigo³.

Tras descartar varios temas, tomé conocimiento algunas semanas atrás del dictamen que hoy comento en estas páginas. Podrá atribuirse o no ello al destino, pero en escasas oportunidades la elección de un tema me pareció más apropiada que en éste, tanto por tratarse la

* El presente trabajo ha sido preparado para el libro en homenaje al profesor Julio R. Comadira, a ser publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, actualmente en prensa. Ha sido publicado en la revista argentina El Derecho. Se agradece a la Doctora María Teresa Quiñones el haber gestionado la obtención del presente artículo.

** Doctor por la Universidad de Buenos Aires (Área de Derecho Administrativo). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Socio de M & M Bomchil a cargo del Departamento de Derecho Administrativo y Regulación Económica.

1 Quien mejor reflejó ello fue, sin duda, el propio Julio Comadira en su prólogo a mi libro “Administración y Justicia” (2 vol., Depalma, Buenos Aires, 1993, vii.) Como bien decía allí Julio, “cuando el profesor Guido Santiago Tawil me solicitó que prologara esta obra –su tesis doctoral– no pude menos que sentirme hondamente reconfortado. Su solicitud es el resultado del afecto personal que recíprocamente nos dispensamos y tiene el valor de partir de una relación signada por la esencial del espíritu universitario. Ubicados, en efecto, en no pocos temas en posiciones disímiles, unidos muchas veces sólo por el énfasis del debate, ambos coincidimos, sin embargo, en la necesidad de buscar la verdad con tenacidad, en el marco de un trato humano animado por el respeto mutuo y la amistad”.

2 Como lo acreditan la obra excepcional que realizara a partir de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral y la calidad y cantidad de los discípulos que se formaron a su alrededor.

3 Nunca podré dejar de agradecer suficientemente ciertos gestos de Julio hacia mí, en particular, las propuestas que efectuara para que lo sucediera como profesor adjunto de nuestra especialidad en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1988 y como profesor titular en una universidad privada un par de años después.

licitación pública de una de las materias que Julio abrazó con mayor pasión sino porque, como se verá, el dictamen en cuestión recoge de algún modo la posición defendida por Julio y otros destacados especialistas⁴.

II. La Garantía de Impugnación y sus Principales Cuestionamientos

En un reciente dictamen emitido el 3 de mayo de 2006⁵, en el marco de una consulta efectuada por la Armada⁶, la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que no corresponde incluir en los pliegos de bases y condiciones de las contrataciones a celebrar cláusulas que prevean un depósito o garantía de impugnación.

Mecanismos como el allí cuestionado fueron introducidos inicialmente –con características distintas– por algunas normas provinciales como la Ley de obras públicas de la provincia de Formosa a principios de la década de los '80⁷ y receptados en forma generalizada –tanto en el orden nacional como provincial y municipal– a partir de la sanción de la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado. Su Decreto Reglamentario N° 1105/89 estableció así que en los procedimientos de privatización regidos bajo dichas normas “existirá una garantía de impugnación, que deberá

constituir quien formule impugnaciones, que le será devuelta en caso de ser acogida favorablemente su pretensión, o que perderá en la medida en que tal pretensión sea rechazada. El pliego de bases y condiciones establecerá la forma y el mecanismo de determinación del monto de la garantía, cuidando que éste –refiriéndose al monto– no constituya un obstáculo al ejercicio del derecho de defensa”⁸.

La mayor parte de los pliegos emitidos a partir de ese momento –en particular aquellos relacionados con los procesos de privatización celebrados durante la década de los '90⁹– impusieron, como requisito previo, para la tramitación de las impugnaciones previstas contra las decisiones de precalificación, preadjudicación y adjudicación, la necesidad de efectuar un depósito cuyo valor era establecido en cada uno de los pliegos. El monto de la garantía de impugnación guardaba en general relación con el valor económico del negocio objeto de licitación y en algunas ocasiones su monto rondó –en épocas de paridad 1 a 1 entre el dólar y el peso– casi los \$ 2.000.000¹⁰.

Con escasas excepciones¹¹, previsiones como las referidas fueron objeto de severas críticas por parte de la doctrina especializada¹².

- 4 Ver, al respecto, Comadira, Julio R., “La Licitación Pública”, Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 34 y ss. En honor a la verdad, quien desarrolló la primera y más elaborada crítica sobre este tema fue Ricardo T. Druetta en las Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo, celebradas del 20 al 22 de mayo de 1998 en la Universidad Austral y presididas por el propio Julio Comadira. El dictamen objeto de este comentario recoge implícitamente tanto las posiciones de Druetta como de Comadira. Respecto a la primera de ellas, ver Druetta, Ricardo T., “Garantía de impugnación en los procesos de selección del contratante. Su incompatibilidad con los principios fundamentales del procedimiento administrativo”, en “Procedimiento Administrativo”, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, págs. 23 y ss.
- 5 Dictamen N° 117 del 3 de mayo de 2006 en expediente nota N° 3415/05 - Armada Argentina.
- 6 La propuesta de garantía de impugnación efectuada por la Armada difiere del esquema establecido, como se verá, en el Decreto n° 1105/89. El depósito a efectuar debía ser del 1% del valor económico de la oferta del impugnante y conforme a la norma proyectada él sería devuelto en caso que se determinara que los fundamentos que sustentaron la impugnación resultaban admisibles. En esas condiciones, el monto de la garantía a integrar dependería del propio oferente –en tanto corresponde a él fijar su oferta– y si bien no puede descartarse que la intención fuera idéntica a la observada en el Decreto n° 1105/89, el apartamiento del lenguaje allí utilizado y la invocación del término “admisibles” en lugar de “procedentes”, abría por lo menos la discusión en relación a la posibilidad de obtener la devolución de la garantía en la medida en que la impugnación tuviera sustento suficiente y no únicamente en caso en que ella fuera acogida. Claramente ésta no ha sido la interpretación de la Procuración en el dictamen en examen.
- 7 Ley N° 959 sancionada y promulgada el 13 de noviembre de 1980, la que introducía en su artículo 31 una garantía de impugnación contra las ofertas presentadas. La impugnación debía afianzarse con una garantía del 1% del importe total en todo concepto, de la oferta o de la suma de las ofertas que se impugnara en caso de ofertas parciales. La garantía era devuelta en forma proporcional al número de ofertas para las cuales la impugnación se resolviera favorablemente. Para las impugnaciones a la oferta o las ofertas que no se resolvieran favorablemente, se perdía el importe de la garantía.
- 8 Artículo 18, incisos 1) y 2), punto IX, f).
- 9 Así ocurrió, por ejemplo, en los casos de las privatizaciones en materia aeroportuaria, de distribución y generación eléctrica térmica e hidroeléctrica en el ámbito nacional y recolección de residuos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Señalaba así el numeral 10.4 del pliego de bases y condiciones para la concesión del Grupo A del Sistema Nacional de Aeropuertos que “(...) c. (...) solo podrán presentar impugnaciones aquellos postulantes que acrediten haber depositado el importe de pesos quinientos mil (\$ 500.000), en la cuenta que se habilita a tal fin, el que sólo será devuelto en caso de que la impugnación prospere. d. Las impugnaciones que no tengan la correspondiente garantía en los términos indicados en el párrafo precedente, serán rechazadas *in limine*”. En igual sentido, señalaba con anterioridad el numeral 7.6.1. del pliego de bases y condiciones para la venta de las acciones de Edesur y Edenor que “los particulares que efectúen impugnaciones dentro del plazo señalado en el numeral 1.5.3.4. deberán constituir una garantía, mediante depósito en el Banco de la Nación Argentina a favor del Estado Nacional Argentino (Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos), de bonos externos de la República Argentina (Bonex) serie 1989 cuyo valor de mercado equivalga a US\$ 500.000 (quinientos mil dólares estadounidenses). Esta garantía que será por tiempo indeterminado, irrevocable y ejecutable de pleno derecho y por la sola decisión del Poder Ejecutivo Nacional, es condición habilitante para poder efectuar impugnaciones y su importe quedará en poder del Estado Nacional en caso de ser rechazada la impugnación y se devolverá en caso de ser acogida favorablemente”. Previsiones análogas contenían el numeral 11.3.5. del pliego de bases y condiciones para la venta de las acciones de Central Costanera S.A. y el numeral 7.6 del pliego de bases y condiciones para la venta de las acciones de Hidroeléctrica Cerros Colorados, Hidroeléctrica El Chocón e Hidroeléctrica Alicurá. Finalmente, similar disposición contenía el artículo 35 del pliego de bases y condiciones para la contratación de los servicios de higiene urbana de la Ciudad de Buenos Aires al señalar que “(...) con cada escrito de impugnación y como condición de admisibilidad para su consideración, deberá acompañarse del comprobante de haber constituido un depósito de \$ 500.000 (pesos quinientos mil), el que será devuelto en caso de que el cuestionamiento fuere favorablemente acogido y el que se perderá si la impugnación resultare desestimada. Es decir que se constituirá un depósito por cada carpeta de antecedentes o propuesta técnica cuyo resultado de preselección impugne un postulante. Dichos depósitos deberán integrarse en efectivo en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires - Casa Matriz, en la cuenta cuya numeración y titularidad se informará por circular”.
- 10 Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de la licitación convocada por el Ministerio de Defensa para el Plan Nacional de Radarización donde la garantía de impugnación ascendió a \$ 1.800.000. En el caso de la mayor parte de las grandes privatizaciones, las garantías de impugnación oscilaron entre los \$ 400.000 y los \$ 600.000.
- 11 Como la de Barra (“Contrato de obra pública”, 2, Ábaco, Buenos Aires, 1986, pág. 620) quien –refiriéndose a la legislación formoseña antes mencionada– destacaba que “esta es una exigencia que no merece crítica alguna, pues evita las impugnaciones sin fundamento verdadero, que tanto obstaculizan el trámite de los procedimientos de selección, aún cuando pueda señalarse que por su elevado valor (que podría ser reducido sustancialmente, sometándolo a un porcentaje máximo del 1% a establecer por los pliegos, de acuerdo con la importancia económica de la obra a ejecutar) desalentará también a las impugnaciones fundadas, que en realidad ayudan a la Administración en orden a efectuar una correcta selección”.
- 12 Ver, al respecto, Druetta, “Garantía de impugnación...”, ob. cit., págs. 23 y ss.; Comadira, “La Licitación Pública”; ob. cit., págs. 34 y ss.; Hutchinson, Tomás, “¿Las costas en el procedimiento administrativo son a cargo del Estado?”, La Ley N° 1996-D-469, entre muchos otros.

En algunos supuestos, los cuestionamientos fueron de naturaleza conceptual por considerarse que limitaciones de esa especie afectaban indebidamente tanto el derecho de defensa¹³ como los principios de legalidad¹⁴, verdad material¹⁵, colaboración¹⁶, informalismo o formalismo atenuado y gratuidad¹⁷, esenciales en el procedimiento administrativo. O que el esquema ideado carecía de verdadero sentido ante el efecto no suspensivo que el art. 12 de la L.P.A. otorga a la interposición de los recursos administrativos¹⁸.

En otros supuestos, las críticas se centraron en el modo en que tales garantías fueron reguladas, sea por su elevado monto¹⁹ o porque el modo en que ellas eran aplicadas derivaba en una restricción indebida al ejercicio del derecho de defensa²⁰. Algunos autores han llegado a inferir de la existencia de tales garantías una afectación a la transparencia en el ejercicio de la función

administrativa²² y, en particular, de aquella que debió seguirse en la adjudicación de algunas licitaciones²³.

Hasta el dictamen objeto de este comentario, los cuestionamientos formulados habían sido objeto de rechazo expreso por parte de la propia Procuración del Tesoro. Señaló así dicho organismo en septiembre de 1992²⁴ que *“la exigencia en el Pliego de Bases y Condiciones de una garantía de impugnación equivalente al medio por ciento de la oferta del impugnante, no significa una limitación de su derecho de defensa. Dicho porcentaje no aparece como irrazonable ni limitativo para un oferente que posea serios cuestionamientos a la preadjudicación. La inclusión de la garantía de impugnación en el Pliego de Bases y Condiciones permite a los oferentes efectuar las necesarias previsiones debiéndose concluir que al no efectuar impugnaciones al referido Pliego, ni requerir aclaraciones, significa que el recurrente ha consentido dicha*

- 13 Al desalentar los cuestionamientos de los oferentes aún en supuestos de vicios graves y manifiestos. Ver, así, Druetta, “Garantía de impugnación...”, ob. cit., pág. 25. Un supuesto de interés es el planteado por este autor al comparar la situación del tercero que podía cuestionar judicialmente una licitación que consideraba lo afectaba sin participar en ella por vía de amparo o pagando la tasa de justicia por monto indeterminado frente a la situación del oferente que debía abonar la garantía de impugnación. Algunos autores como Ammirato, Geijo y Trípoli (“Como discutir la exigencia de garantías para la impugnación administrativa de los pliegos de bases y condiciones en los procedimientos de selección del co-contratante del Estado”, JA 2002-II-1431) sostuvieron también que al encontrarse involucrado el derecho de defensa su reglamentación solo podría efectuarse por ley, razón por la cual esta disposición habría violado la zona de reserva del legislador.
- 14 En la medida en que los recursos que pudieran interponerse contra actos que forman parte del procedimiento de selección tienen por fin, además de la protección del interés particular del impugnante, el resguardo de la legalidad o juridicidad administrativa. Ver, al respecto, Druetta, “Garantía de impugnación...”, ob. cit., pág. 25, con cita de Dictámenes: 172:168.
- 15 En el entendimiento que el interés en alcanzar la verdad jurídica objetiva debería estimular la presentación de observaciones, impugnaciones o probanzas que permitan a la Administración alcanzar una decisión correcta. Ver, en sentido concordante, Druetta, “Garantía de impugnación...”, ob. cit., pág. 25.
- 16 Señalaba así Comadira (“La licitación pública”, ob. cit., págs. 35 y 36) que “además de no guardar coherencia con la característica de gratuidad propia, en general, del procedimiento administrativo, contradice también la idea de considerar al particular (en el caso, oferente) como un colaborador de la Administración, aún cuando concurra a la defensa de sus derechos subjetivos. Así, pues, cabe preguntarse: si el particular es, por definición, un colaborador de la Administración en el procedimiento administrativo, incluso en el ámbito recursivo, ¿por qué, entonces, deberá garantizar económicamente su participación? ¿Los recursos administrativos, no son, acaso, además de un medio de defensa de intereses individuales, un procedimiento de autocontrol de la Administración en la búsqueda de la verdad, la justicia y la eficacia?”. Sobre el principio de colaboración, enunciado en Francia por Waline hace ya más de seis décadas, nos hemos pronunciado en nuestro trabajo titulado “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, L.L. 1985-E-952 y ss. En relación a su aplicación en materia de contratos administrativos, ver Dromi, “Licitación pública”, ob. cit., págs. 30 y ss.
- 17 En tal sentido se pronunciaba, por ejemplo, Hutchinson (“¿Las costas en el procedimiento administrativo son a cargo del Estado?”, ob. cit., nota 9) al señalar que “este procedimiento resulta sumamente perverso, pues con sólo desestimar el recurso, el particular pierde las sumas que sólo podría recuperar, juicio mediante, si resulta ilegítima judicialmente la desestimación del recurso. Para esa época, si no obtuvo una cautelar que paralizó los trámites, la privatización siguió adelante (teoría de los hechos consumados) y la decisión judicial, aparte de la devolución de las sumas abonadas para recurrir, equivale a un premio consolación. Con este régimen se ha abolido el principio de gratuidad del procedimiento administrativo, se vulnera la defensa en juicio y se evitan impugnaciones a las adjudicaciones –no siempre transparentes–. Por ello no es de extrañar los resultados de ciertas privatizaciones”.
- 18 Señalaba así Comadira (“La licitación pública”, ob. cit., pág. 36), “por lo demás: ¿no brinda el art. 12, L.P.A., al consagrar como principio el efecto no suspensivo de los recursos administrativos y contemplar, asimismo, las excepciones a él, un instrumento adecuado para que el accionar administrativo no entorpezca indebidamente a causa de los cuestionamientos privados?”.
- 19 Ver, así, Ammirato, Geijo y Trípoli, “Como discutir la exigencia de garantías...”, ob. cit., loc. cit.
- 20 En adición al tema del monto, se cuestionó el hecho que la posibilidad de recuperar o no efectivamente las sumas depositadas dependiera de la acogida o no de la impugnación por parte del propio órgano emisor del acto recurrido y no de la verosimilitud del derecho invocado. Ver, así, Druetta, “Garantía de impugnación...”, ob. cit., pág. 23, quien calificaba a la garantía de impugnación como una verdadera sanción procesal. En ciertos supuestos en que se licitaban diversas áreas de concesión al mismo tiempo –como aconteció con los servicios de higiene urbana en la Ciudad de Buenos Aires– se requirió el depósito de tantas sumas de dinero como adjudicaciones de zonas eran cuestionadas a pesar de tratarse de una sola licitación y resolución impugnada. En otros se verificó que, apartándose del mecanismo previsto en el Decreto n° 1105/89 los impugnantes obtuvieron la devolución de sus garantías bajo el compromiso informal de no seguir adelante con sus impugnaciones. Finalmente, algunos pliegos parecen haberse apartado del sistema instaurado en el Decreto n° 1105/89 al disponer la devolución de la garantía de impugnación en caso que, aún cuando fuera rechazada, ella contara con sustento suficiente. Esa solución encuentra cierto parentesco con la propuesta que habrían efectuado Ismael Mata y Eduardo Mertehtikián en un proyecto de actualización de la Ley de obras públicas presentado en el año 1994 en el que se establecía que la garantía de impugnación era perdida únicamente en el caso que la impugnación fuera considerada maliciosa o temeraria.
- 21 Ciertos autores parecen inferir de los porcentajes fijados como garantía de impugnación una alteración del espíritu perseguido por el Decreto n° 1105/89 y han considerado que, en la medida en que su artículo 18 no establecía expresamente que la constitución de la garantía fuera condición de admisibilidad de la impugnación, cabía la posibilidad de cuestionarla en forma paralela a la deducción de la impugnación. Ver, así, Ammirato, Geijo y Trípoli, “Como discutir la exigencia de garantías...”, ob. cit., loc. cit. Sin perjuicio del respeto que nos merece esta opinión, el riesgo de que la impugnación fuera rechazada por falta de integración de la garantía hubiera llevado, seguramente, a que solo siguieran semejante curso de acción aquellos ya decididos a no impugnar por la entidad económica de esa garantía.
- 22 Comadira, “La licitación pública”, ob. cit., pág. 36.
- 23 En tal sentido se pronunciaba Hutchinson (“¿Las costas en el procedimiento administrativo son a cargo del Estado?”, ob. cit., nota 9), en el texto transcrito en la nota 17.
- 24 Dictámenes: 202:151 del 30 de septiembre de 1992, vinculado con el Consorcio NMB Post Bank Group N.V. y otros.

*cláusula*²⁵. En función de ello, consideró que “el voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación con base constitucional”²⁶. Similar posición mantuvo en diversas oportunidades posteriores durante el gobierno radical²⁷ por considerar que, al no haber formulado los oferentes oportunamente observaciones o impugnaciones a los pliegos que incluían dichas garantías, los aceptaron y consintieron. Entendió así que la aplicación de lo preceptuado en los pliegos en relación con la garantía de impugnación constituía una necesaria consecuencia del principio de igualdad de los oferentes en el procedimiento de licitación y la restitución de la garantía de impugnación sólo procedía cuando la impugnación se resuelve favorablemente respecto de todos los planteos.

La posición esbozada por la Procuración con anterioridad a este reciente dictamen se presentaba como una justificación predominantemente formal y, como tal, susceptible de razonables críticas. Solo quienes hubieran impugnado el pliego podían cuestionar la existencia de este tipo de garantías²⁸.

Preferible hubiera resultado que –en caso de pretender avalarla– la Procuración se hubiera adentrado en examinar las razones que llevaron a crear esta garantía

de impugnación y evitado justificaciones formales que difícilmente satisficieran aún a quienes consideraban conveniente su instauración.

A las críticas efectuadas por la doctrina, la anterior posición de la Procuración obligaba a sumar una de naturaleza eminentemente práctica: si bien el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de impugnar cláusulas de los pliegos de bases y condiciones²⁹, la dinámica del proceso licitatorio torna en la mayor parte de las ocasiones a esa posibilidad en meramente ilusoria.

Como es sabido, la normativa vigente en materia de contrataciones administrativas contempla la posibilidad de formular observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares³⁰. Elaborado el pliego definitivo –haciendo o no lugar a las observaciones– se abre la posibilidad de impugnarlo³¹.

Si bien tales impugnaciones han procedido en ocasiones³², la práctica indica que –tal como acontece con los recursos administrativos– difícilmente modifique la Administración su posición³³. En consecuencia, en la medida en que tanto el régimen vigente³⁴ como los pliegos establecen en general que la presentación de la oferta importa la plena aceptación de todas las disposiciones del pliego³⁵, desechadas

25 Agregó, adicionalmente, que “la denuncia de ilegitimidad, instituto contemplado en el ap. 6° del inc. e) del art. 1° de la ley 19.549, está prevista para aquellos supuestos en los cuales se interpongan recursos administrativos una vez vencidos los plazos establecidos y no, como lo pretende el recurrente, cuando aquel fuera considerado mal interpuesto o improcedente. No parece razonable que los propósitos perseguidos por las estipulaciones del Pliego de Bases y Condiciones a través del establecimiento de una garantía de impugnación, a fin de evitar la realización de impugnaciones no justificadas que pudieran dilatar innecesariamente el procedimiento licitatorio, pueden verse frustrados mediante el empleo de vías impugnatorias diversas a las aplicables, para eludir el pago de la garantía exigiendo su tratamiento como denuncia de ilegitimidad...la ley de licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso corresponda y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo. La inclusión de una garantía de impugnación en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación Pública Nacional e Internacional para la Concesión de la Explotación de la Red Ferroviaria Nacional equivalente al medio por ciento de la oferta del impugnante, no importa un quebrantamiento del principio de igualdad de los oferentes en el procedimiento de licitación, derivado del principio constitucional de igualdad ante la Ley, ya que solo comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones”

26 Dictámenes: 202:151.

27 Ver, así, Dictámenes: 233:094; 233:287; 233:414; 233:484; 233:529; 233:579; 234:007; 234:069; 234:298; 234:452; 236:333, entre otros.

28 El momento en que debía efectuarse esa impugnación ha sido motivo de discusión desde antaño. Fiorini y Mata (“Licitación pública”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 186) sostenían que ellos podían ser invalidados aún en el acto de adjudicación. En épocas más recientes, Piccoli (“Algunas reflexiones acerca de la impugnación de cláusulas de pliegos licitatorios”, Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, n° 11, pág. 606) se ha inclinado por la necesidad de impugnar los pliegos con anterioridad a la presentación de las ofertas. Finalmente, algunos autores como Ammirato, Geijo y Trípoli (“Como discutir la exigencia de garantías...”, ob. cit., loc. cit.) –que se han ocupado del tema tras el dictado de los Decretos n° 436/00 y 1023/01 pero con anterioridad a la emisión del dictamen objeto de este comentario– han considerado que puede realizarse esa impugnación no solo antes de la presentación de oferta sino también en forma conjunta con ella. La presentación de un cuestionamiento en el momento de ofertar podría ser interpretada como un condicionamiento a la plena aceptación de las disposiciones del pliego que –según el artículo 67 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00– importa la presentación de la oferta. Ello podría dar lugar a una nueva situación de interés. ¿Debería rechazarse la oferta que presenta tal condicionamiento o en función de la presunción normativa de plena aceptación de las condiciones del pliego que importa la presentación de la oferta considerarse que tal condicionamiento no ha existido?.

29 Respecto a este tema ver en general, entre otros, Fiorini y Mata, “Licitación pública”, ob. cit., págs. 81/82; Mairal, Héctor A., “Licitación pública. Protección jurídica del oferente”, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 113 y ss.; Piccoli, “Algunas reflexiones acerca de la impugnación de cláusulas de pliegos licitatorios”, ob. cit., págs. 605 y ss. En relación a la normativa actualmente vigente, ver Gómez Sanchis, Daniel, “Pliego de condiciones”, en Farrando (h), Ismael y otros (Director), “Contratos administrativos”, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, págs. 248 y ss.; Durand, Julio C., “Sobre la impugnación administrativa de los pliegos de bases y condiciones en el ámbito de las contrataciones administrativas”, Revista de Derecho Administrativo, Lexis-Nexis, n° 56, abril-junio 2006, Buenos Aires, págs. 561 y ss. y Ammirato, Geijo y Trípoli, “Cómo discutir la exigencia de garantías...”, ob. cit., págs. 1431 y ss.

30 Ver, así, los artículos 10 a 12 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00 y 8 del Régimen aprobado mediante Decreto n° 1023/01.

31 Respecto a este tema y las condiciones para efectuar esa impugnación, ver Durand, “Sobre la impugnación administrativa de los pliegos de bases y condiciones...”, ob. cit., págs. 567 y ss

32 Ver, así, el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación n° 324/2005 del 26 de setiembre de 2005, publicado en la Revista de Derecho Administrativo, Lexis-Nexis, n° 56, abril-junio 2006, Buenos Aires, págs. 557/560, objeto del comentario de Durand antes mencionado.

33 Menos aún, por cierto, en caso que la cuestión hubiera sido objeto de una observación no considerada con anterioridad a la aprobación de los pliegos definitivos.

34 Ver, así, el artículo 67 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00.

35 Dispone en ese sentido el artículo 9° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado mediante Resolución M.E. n° 834/00 que “la presentación de la oferta, importa de parte del oferente el pleno conocimiento de toda la normativa que rige el llamado a contratación, la evaluación de todas las circunstancias, la previsión de sus consecuencias y la aceptación en su totalidad de las bases y condiciones estipuladas, sin que pueda alegar en adelante el oferente su desconocimiento, por lo que no será necesario la presentación de los pliegos con la oferta”.

las observaciones, consultas³⁶ u objeciones –según el momento correspondiente– los oferentes se ven en la necesidad de acatar las decisiones emitidas por la Administración³⁷. Ello es así pues, con excepción de algunos contratos excepcionales por la calificación técnica o científica requerida al cocontratante –en los que las normas privilegian en general la utilización del sistema de contratación directa– tanto en la elaboración como en el perfeccionamiento del contrato administrativo la discusión se encuentra extremadamente limitada y, para poder ser elegido, quien pretende contratar con el Estado se ve obligado a adherir a las condiciones preestablecidas por la Administración³⁸.

III. El Dictamen del 3 de Mayo de 2006

Recogiendo algunas de las críticas vertidas por la doctrina, la Procuración ha modificado su posición anterior³⁹. Ratificando la posición adoptada por la Oficina Nacional de Contrataciones, el dictamen del 3 de mayo de 2006 considera improcedente la inclusión de este tipo de depósitos por entender que (i) ni el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por Decreto N° 436/00, ni el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto N° 1023/01, los contemplan; (ii) tales normas sólo prevén el depósito de garantías pero no un equivalente a la tasa de justicia exigible en sede judicial; (iii) cláusulas como las proyectadas afectarían el carácter gratuito del procedimiento administrativo y (iv) el reintegro del depósito a la impugnante quedaría sujeto a la voluntad y decisión del órgano cuyo acto se impugna, dentro de un marco de discrecionalidad y sin establecerse distinciones en cuanto a la mayor o menor opinabilidad de la cuestión planteada.

Asiste razón a la Procuración del Tesoro cuando sostiene que mecanismos de esta naturaleza no se encuentran previstos expresamente en tales normas.

El Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 contempla únicamente las clásicas garantías de mantenimiento de oferta y cumplimiento de contrato⁴⁰ (garantías provisionales y definitivas en la terminología española⁴¹), a las que suma la obligación de constituir contragarantías equivalentes a los montos recibidos como adelantos en aquellas contrataciones en que los pliegos así lo establecieran⁴². Asimismo, ni al referirse a la impugnación del dictamen de evaluación⁴³ ni a la del acto de adjudicación efectúa mención alguna a este tipo de garantías, remitiéndose en lo que concierne a los recursos a interponer en este último supuesto a las previsiones de la Ley N° 19.549 y su decreto reglamentario⁴⁴.

El Régimen de Contrataciones aprobado por Decreto n° 1023/01 remite, en materia de garantías de cumplimiento de las obligaciones a cargo de oferentes y adjudicatarios, a las formas y montos que establezcan la reglamentación o los pliegos, con las excepciones que aquella determine⁴⁵.

Finalmente, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para la Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional solo contempla las tres garantías referidas en el Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00⁴⁶.

En ese estado, cabría formular dos preguntas. En primer lugar, si los pliegos de bases y condiciones podrían contemplar este tipo de garantías a falta de previsión normativa expresa. Segundo, si, en caso de existir ese tipo de previsiones, tales garantías resultan válidas o convenientes.

36 Ver a este respecto lo dispuesto en el artículo 6° del Pliego Único aprobado mediante Resolución M.E. n° 834/00.

37 Las razones de ese acatamiento son variadas. La primera de ellas es, sin duda, el temor a ser excluidos del proceso o granjearse la enemistad del licitante. Ante el riesgo de que se considere a la oferta inadmisibles, los oferentes terminan aceptando condiciones que consideran innecesariamente gravosas o inválidas. Si tales condiciones son de una relevancia tal que pudieran afectar la conveniencia de participar en el futuro contrato, los oferentes mas serios deciden en general no presentar oferta. Si bien podrían intentar la impugnación de la cláusula objetada y propugnar la suspensión del llamado a licitación hasta tanto ella sea resuelta en los términos del art. 12 de la LPA (cfr. Comadira, "La Licitación Pública", ob. cit., pág. 124), no es esa la posición adoptada –probablemente por los temores enunciados anteriormente– en general por los oferentes. Por el contrario, quienes lo hacen persiguen en general el fracaso o la demora del proceso licitatorio. Si los oferentes creen que tienen chances de vencer en la licitación prefieren hacer un "mal negocio" –o al menos uno no tan bueno– que correr el riesgo de que la licitación fracase y no haya finalmente contrato.

38 Ver, así, Escola, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", I, Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 301 y ss. Algunos sistemas jurídicos prevén, por cierto, un mayor margen de negociación. Ver, así en el Uruguay, lo señalado por Carlos E. Delpiazzo en su "Manual de Contratación Administrativa", I, Parte General, 3ª. ed. actualizada, Editorial Universidad, Montevideo, 1996, con referencia al instituto de la negociación introducido por la Ley n° 16.170.

39 Cabe destacar que el cambio de posición de la Procuración no surge en forma expresa del dictamen sino de la comparación con sus opiniones anteriores en esta materia. El dictamen del 3 de mayo de 2006 solo hace referencia tangencialmente a una opinión previa de la Procuración al relatar el argumento esgrimido por el servicio jurídico de la Armada para propugnar su inclusión, sin detallar los argumentos allí tratados. Tampoco hace referencia a las razones que justificaron la creación de esta garantía ni a las opiniones vertidas en doctrina respecto de ella.

40 Artículos 52 incs. a) y b) del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00.

41 El sistema español prevé, asimismo, la posibilidad de que el contratista constituya una garantía global con referencia a todos los contratos que celebre con una Administración Pública o con uno o varios órganos de contratación sin especificación singular para cada contrato. Ver, al respecto, el artículo 36 de la actual ley española de contratos de las administraciones públicas ("LCAP") conforme al texto refundido aprobado mediante real Decreto Legislativo 2/2000, del 16 de junio de 2000. Respecto al origen y regulación de este tipo de garantías en el derecho español, ver el interesante estudio de Ernesto García-Trevijano Garnica titulado "El régimen de las garantías en la contratación administrativa", Civitas, Madrid, 1997.

42 Artículo 52 inc. c) del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00.

43 Artículo 80 del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00. Tampoco efectúa mención alguna a ello al referirse a la impugnación de la precalificación (artículo 108) en las licitaciones y concursos con doble sobre o múltiples sobres (artículo 112).

44 Cfr. artículo 83 del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00.

45 Artículo 31 del Régimen aprobado por Decreto n° 1023/01.

46 Ver, así, el artículo 5° del Pliego Único aprobado mediante Resolución M.E. n° 834/00.

En lo que se refiere al primer interrogante, el Decreto n° 436/00 parece haberse enrolado en una posición diferente a la seguida en su momento por alguna legislación provincial y el Decreto n° 1105/89. Si bien este cuerpo normativo limitaba su ámbito de aplicación a las privatizaciones previstas en la Ley n° 23.696⁴⁷, lo cierto es que al tiempo de sancionarse el nuevo Reglamento General de Contrataciones⁴⁸, el mecanismo de garantía de impugnación era ampliamente conocido y se optó por no incorporarlo allí⁴⁹. En esas condiciones, si bien no podría descartarse que –como ocurrió con el Decreto n° 1105/89 durante la vigencia del Decreto n° 5720/72 que tampoco contemplaba garantía alguna de impugnación– una norma de rango equivalente pudiera establecerla para ciertos procedimientos licitatorios⁵⁰, a falta de una norma de esa naturaleza bien puede concluirse que la inclusión en un pliego de una garantía de impugnación no resultaría compatible con el sistema establecido en el Decreto n° 436/00⁵¹. Tal parece haber sido la posición esbozada por la Oficina Nacional de Contrataciones en el caso y, a este respecto, los propios términos de la opinión de la Procuración objeto de este comentario se traducirían, en la práctica, en un obstáculo relevante para la inclusión en los pliegos de mecanismos generales no previstos en el Reglamento⁵².

Responder el segundo interrogante –es decir si, recogidas expresamente en las normas, disposiciones de esa naturaleza son válidas o convenientes– resulta aún más difícil. No cabe duda que mecanismos de esa naturaleza importan limitaciones no deseadas a

garantía de defensa y a los principios del procedimiento antes señalados. En consecuencia, en la medida en que existan mecanismos aptos para asegurar el orden y la eficacia en el procedimiento licitatorio, su implementación debería evitarse. Sin embargo, de encontrarse previstos expresamente en las normas y considerarse conveniente su implementación –ninguno de cuyos extremos parecen verificarse en la actualidad– su validez constitucional dependerá del modo en que ellos hayan sido establecidos en la práctica⁵³.

“No cabe duda que mecanismos de esa naturaleza importan limitaciones no deseadas a la garantía de defensa y a los principios del procedimiento antes señalados”

Subsiste la duda, sin embargo, respecto a la posición a adoptar por la Procuración del Tesoro en caso de ser este tipo de garantías incorporadas expresamente en la normativa vigente, trátase de la reglamentación general en materia de contrataciones o de un régimen especial como el establecido en su momento en el Decreto n° 1105/89. Si bien el dictamen del 3 de mayo de 2006

47 Ver, así, lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la Ley n° 23.696 y 17 y 18 del Decreto n° 1105/89.

48 De aplicación obligatoria –según el artículo 1° del Reglamento aprobado por Decreto n° 436/00– a “todos los procedimientos de contratación en los que sean parte los organismos del Sector Público Nacional comprendidos en el inciso a) del artículo 8° de la Ley n° 24.156”. Respecto a este último concepto, ver la interesante nota de Ezequiel Cassagne titulada “Sobre el concepto de sector público nacional contenido en la Ley 24.156 (su aplicación a ciertos casos puntuales)”, en Revista de Derecho Administrativo, Lexis-Nexis, n° 56, abril-junio 2006, págs. 355 y ss.

49 Similar posición adoptó como principio general, como se verá, en relación al requerimiento de adquisición del pliego para formular consultas y ofertar.

50 Así parece preverlo el propio artículo 2° del Reglamento aprobado por Decreto n° 436/00, al admitir en su segundo párrafo la posibilidad de que el Poder Ejecutivo establezca condiciones distintas a las allí establecidas, con carácter especial o general para determinadas contrataciones, previa intervención de la Secretaría de Hacienda y de la propia Procuración del Tesoro. Si bien es cierto que se ha señalado como objetivo del régimen de contrataciones aprobado mediante Decreto n° 1023/01 la supresión de los regímenes especiales a fin de alcanzar uniformidad en los procedimientos de selección (cfr. su considerando decimoquinto), subsiste la posibilidad de que, por Decreto, se establezcan requisitos distintos para determinadas contrataciones.

51 En cuanto al impedimento para que los pliegos se aparten de las normas de rango superior salvo en aquellos aspectos meramente dispositivos, ver Barra, “Contrato de obra pública”, 2, ob. cit., pág. 487. También podría argumentarse –con un matiz diferente– que, en este aspecto, el Decreto n° 436/00 no cambió en nada el sistema existente a este respecto. En la medida en que se admitió su validez durante la vigencia del régimen general establecido por el Decreto n° 5720/72 que no contemplaba expresamente este tipo de garantías, el Decreto n° 436/00 no constituiría un óbice para establecerlas en la medida en que ellas sean previstas en un régimen específico (como ocurrió con el Decreto n° 1105/89). Si bien ello es cierto, no puede desconocerse que a partir del Decreto n° 1105/89 el mecanismo de las garantías de impugnación tuvo vasta aplicación y, a falta de esa norma expresa, algún efecto debe atribuirse a la simple decisión de no incorporarlo –ni siquiera facultativamente– al nuevo régimen general. El “quid” de la cuestión radica en determinar si la imposición de este tipo de garantías de impugnación en un régimen especial se considera contraria o incompatible con el régimen general. Aún cuando no se ha enfrentado a la situación de incorporación de este depósito por una norma de rango equivalente (Decreto del Poder Ejecutivo) como ocurrió con el Decreto n° 1105/89, la posición asumida por la Procuración en este dictamen parece indicar su rechazo, tal como si se tratara de la derogación de condiciones generales por las particulares bajo el viejo artículo 61 inc. 44 del Decreto n° 5720/72. De considerarse, por el contrario, que existe un vacío normativo y que la norma de alcance general no resulta incompatible con la eventual introducción posterior de estas garantías, ella podría ser introducida en el Pliego de Condiciones Particulares. Ver, así, en términos generales, Gómez Sanchis, “Pliego de condiciones”, ob. cit., pág. 219. Por esta posición parece haber inclinado la Armada al intentar introducirla en el pliego de condiciones particulares que dio lugar a la consulta objeto de este dictamen. Lo cierto es que el artículo 45 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00 señala únicamente que los pliegos de bases y condiciones particulares “deberán contener los requisitos mínimos que indicará el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales e incluirán las especificaciones técnicas”. El sistema español admite, por el contrario, la posibilidad de que los pliegos particulares contradigan en algún caso los pliegos generales al establecer el artículo 50 de la LCAP española que “la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informará con carácter previo todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a lo previsto en los correspondientes pliegos generales”.

52 Por una posición parcialmente diferente se pronunciaban tras el dictado de los Decretos n° 436/00 y 1023/01 pero antes de la emisión tanto del Pliego Único aprobado mediante resolución M.E. n° 834/00 como del dictamen objeto de este comentario Ammirato, Geijo y Tripoli (“Como discutir la exigencia de garantías...”, ob. cit., loc. cit.) por considerar que ellos podrían ser contemplados en la reglamentación prevista en el artículo 7 o en el Pliego Único a emitirse.

53 La existencia o no de una afectación indebida a la garantía de defensa dependerá así, por ejemplo, de examinar si los montos establecidos o el mecanismo implementado para su devolución impiden efectivamente el ejercicio del derecho al debido proceso de los oferentes, etc.

sustenta su rechazo a la implementación de una garantía de impugnación en “la normativa vigente”⁵⁴, el énfasis puesto de manifiesto en la enunciación de los restantes argumentos contrarios a su recepción tornaría dificultoso avalar la constitucionalidad de garantías con condiciones similares a las cuestionadas sin que ello implique un nuevo cambio en la posición del organismo.

En esa línea, la Procuración expresa en un breve párrafo que si bien los regímenes establecidos mediante los Decretos n° 436/00 y 1023/01 prevén la existencia de depósitos de garantías, ellos no contemplan un equivalente a la tasa de justicia exigible en sede judicial. Aún cuando no lo señala en forma explícita, tal reflexión parece dirigirse a rebatir el argumento esgrimido por el propio organismo al avalar con anterioridad su legitimidad⁵⁵.

Este razonamiento puede ser examinado, nuevamente, desde distintas ópticas. Se podría, por cierto, limitar el examen al derecho positivo y argumentar, por hipótesis, que si los Decretos n° 436/00 y 1023/01 o inclusive una ley –a fin de evitar aquellos cuestionamientos vinculados con la naturaleza tributaria de tal imposición– hubieran previsto un equivalente a la tasa judicial, estas garantías serían válidas, pero como ellas no han sido previstas de ese modo, no resulta procedente su recepción.

Si el argumento de la recepción normativa nos parecía relevante en el caso anterior, no ocurre lo mismo en este supuesto. En particular, pues la comparación efectuada por la Procuración en 1992 entre la garantía de impugnación y la tasa de justicia nos resulta poco convincente.

Diversas son las razones para ello.

Primero, mientras que la tasa de justicia retribuye la actividad jurisdiccional en beneficio de ambos contendientes⁵⁶ y constituye un recurso destinado a solventar la infraestructura judicial⁵⁷, la garantía de impugnación persigue un propósito sustancialmente distinto. No se trata de un mecanismo de financiamiento

–ya que con excepción de la confección de los pliegos en algunos casos específicos⁵⁸, la actividad administrativa durante el procedimiento licitatorio es financiada a través de los impuestos y demás recursos provenientes de rentas generales– sino de una herramienta destinada en apariencia a disuadir impugnaciones infundadas o temerarias y obtener así, en forma indirecta y más allá de su acierto o error, un mayor orden y eficiencia en el procedimiento licitatorio.

Segundo, dada su naturaleza tributaria, la tasa de justicia –sucesora del impuesto de justicia incorporado en su momento como un capítulo del impuesto de sellos– reconoce su origen en una ley formal, a diferencia de la garantía de impugnación que, al menos en el caso del Decreto n° 1105/89, tiene origen reglamentario. De pretender otorgársele a la garantía de impugnación una naturaleza similar, tanto el principio de legalidad tributaria como las limitaciones impuestas por los artículos 76 y 99 de la Constitución Nacional obstaría a su consagración por vía reglamentaria, aún tratándose de reglamentos delegados o de necesidad o urgencia.

Tercero, como mecanismo retributivo del servicio de justicia en su conjunto, el ingreso o no de la tasa de justicia constituye un condicionamiento relevante para el acceso al proceso judicial. La garantía de impugnación no impide, por el contrario, intervenir en el procedimiento licitatorio sino la posibilidad de realizar ciertos actos relevantes –los impugnatorios– en su desarrollo. En ese sentido, la garantía de impugnación parece más asimilable en su naturaleza –no, por cierto, en su monto– al depósito exigible para la interposición del recurso de queja por denegación del extraordinario contemplado en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Cuarto, en función de su propia naturaleza, los interesados pueden eximirse del pago de la tasa de justicia en caso de actuar con beneficio de litigar sin gastos o acreditar alguna de las restantes causales de exención previstas por el legislador⁵⁹. Por el contrario, no existe supuesto alguno de exención de la garantía de

54 Afirmación que permitiría suponer, *a contrario sensu*, que la posición de la Procuración podría variar en caso que una norma contemplara a estas garantías en forma expresa.

55 Como el dictamen emitido el 30 de diciembre de 1992 en relación a la licitación para la concesión ferroviaria de la Línea San Martín (Cargas). Señalaba así Druetta (“Garantía de impugnación...”, *ob. cit.*, pág. 27) en el año 1998 que “otro argumento del que hace mérito la Procuración del Tesoro para admitir la licitud de la garantía de impugnación en la aludida licitación ferroviaria, es que el monto de la garantía exigida en los pliegos, representaba un porcentaje sustancialmente inferior al de la tasa judicial que los litigantes deben integrar para obtener el acceso a los estrados judiciales. Este enfoque, a mi juicio, trasluce una incorrecta equiparación entre el procedimiento llevado a cabo en sede administrativa y el proceso judicial. En este último no rige el principio de la verdad material, el del formalismo atenuado, ni la gratuidad y el litigante no es considerado como colaborador del juez de la causa. Además, la tasa judicial que el litigante debe oblar ante la Justicia en los casos en que el objeto de la acción es la declaración de nulidad de un acto administrativo, es la fija, menor a cien pesos, resultante de la aplicación del art. 7° de la Ley n° 23.898, toda vez que la pretensión deducida en sede judicial ante la Administración, en este supuesto, no perseguiría un resarcimiento económico. Esa es la doctrina recientemente sentada por la Corte Suprema en el caso *Telintar S.A. y otros c/CNC del 17-07-97*”. Si bien compartimos tanto la crítica formulada a la incorrecta asimilación con el proceso judicial como el elogio a la doctrina sentada por la Corte en “*Telintar*” (Fallos: 320:1620) –a la que hemos adherido anteriormente al criticar la grave afectación al derecho de defensa que importa la aplicación indiscriminada de las normas en materia de tasa de justicia para la impugnación de cualquier acto administrativo (aún cuando no se persiga una reparación patrimonial)– no puede dejar de señalarse que la posición expresada en “*Telintar*” no ha sido mantenida por la Corte en ocasiones posteriores.

56 Giuliani Fonrouge, Carlos M. y Navarrine, Susana C., “Tasas judiciales”, Depalma, 2da. ed. actualizada, Buenos Aires, 1998, pág. 9.

57 Ver, así, lo dispuesto en la Ley n° 23.990.

58 Respecto a algunos de los problemas que traía aparejada la utilización del mecanismo de adquisición de pliegos como herramienta de recaudación nos hemos referido en su momento en nuestro trabajo titulado “Las modificaciones en el régimen de contrataciones del Estado (Decretos 825/88, 826/88 y 827/88)”, L.L. 1988-E-737.

59 Ver, así, en el orden nacional lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley n° 23.898.

impugnación y, en la medida en que la participación en el procedimiento licitatorio presupone cierta idoneidad y capacidad financiera mínima, su imposibilidad de pago por parte de un oferente podría conspirar contra la acreditación de esa idoneidad⁶⁰ y traer aparejados problemas aún mayores⁶¹.

Quinto, mientras que la falta de pago de la tasa de justicia por quien promueve la intervención judicial habilita a su cobro compulsivo, incluyendo el de las multas y accesorios correspondientes⁶², la falta de integración de la garantía de impugnación no debería generar otro efecto que la negativa a tramitar el recurso por incumplimiento de una de sus condiciones de admisibilidad.

Finalmente, la tasa de justicia no es devuelta por el Estado a los litigantes al finalizar la actuación judicial que pretende retribuir, cualquiera sea la razón por la que culmine el proceso o el éxito obtenido. Ella es soportada en definitiva por los litigantes y, a lo sumo, debe ser reintegrada por la parte vencida a quien anticipó su pago en caso de imposición de costas⁶³. Por el contrario, del modo en que se recogió en el Decreto n° 1105/89, la garantía de impugnación sólo es reintegrada al impugnante en caso de ser acogida su pretensión.

El tercer argumento esbozado por la Procuración es que cláusulas como las proyectadas afectarían el carácter gratuito del procedimiento administrativo⁶⁴.

En este aspecto, debe celebrarse la defensa del principio de gratuidad efectuada por la Procuración, especialmente cuando él ha tenido mayor receptividad en la doctrina que en la normativa vigente⁶⁵.

No cabe duda que, si lo que de ese modo se persigue es atender al debido cumplimiento de los principios de legitimidad o juridicidad, debido proceso, verdad material y colaboración, toda restricción indebida a la participación de los administrados en el procedimiento administrativo importará una afectación inapropiada de aquellos.

Cabe señalar, sin embargo, que restricciones de esa naturaleza –no por cierto de entidad económica equivalente– se observan permanentemente en el procedimiento administrativo⁶⁶ sin que se presente en todos los supuestos una defensa tan firme contra ellas como la esbozada por la Procuración en esta ocasión.

Así ocurre, en el plano económico, con los llamados derechos de timbre⁶⁷ u oficina en el ámbito municipal y diversas tasas y cargos que se perciben de los usuarios por su participación en el procedimiento administrativo.

En este sentido, el dictamen en examen diferencia a la garantía de impugnación de los supuestos en los que se requiere al administrado la adquisición de pliegos o la integración de garantías de oferta o de ejecución⁶⁸. Si bien las diferencias existentes resultan claras y la argumentación de la Procuración convincente, en el caso de la adquisición de pliegos –exigencia excepcional en el régimen vigente y no principio general⁶⁹– ello solo será así en la medida en que, como indica el artículo 49 del Reglamento aprobado por Decreto n° 436/00, el valor a integrar equivalga efectivamente al costo de reproducción. En caso contrario, el importe a integrar no sólo violará la previsión normativa sino que podría presentar reparos análogos a los esbozados contra la garantía de impugnación.

60 En sentido contrario, ver lo expuesto por Ammirato, Geijo y Trípoli ("Como discutir la exigencia de garantías...", ob. cit., loc. cit.), referido anteriormente. En este aspecto, disentimos parcialmente con Monti ("Las categorías jurídicas...", ob. cit., pág. 118) quien señalaba que "en cualquier caso, podría exceptuarse de su pago al potencial impugnante que demuestra que el monto de la garantía, debido a su magnitud, aparece desproporcionado en relación con su particular situación económica y financiera". Si bien ello podría eventualmente ocurrir, en tanto la participación en la licitación presupone una cierta capacidad financiera mínima –no exigible, por el contrario, a quienes participan en un proceso judicial– la imposibilidad de afrontar la garantía podía importar la exteriorización de la ausencia de la capacidad requerida. Salvo, por cierto, que la garantía exigida no guardara proporcionalidad alguna con la importancia económica de la licitación, supuesto en el cual el problema sería probablemente común a la mayor parte de los oferentes.

61 Basta recordar, por ejemplo, que el artículo 22 de la actual LCAP española establece la nulidad de pleno derecho de las adjudicaciones de contratos en favor de personas que carezcan de la capacidad de obrar o de solvencia. En relación al tema de la solvencia del oferente, ver Fuertes López, Mercedes, "El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas", Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 35 y ss.

62 Artículo 11 de la Ley n° 23.898.

63 Ver, así, lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley n° 23.898.

64 Aclara, al respecto, el dictamen en cuestión que "no obstante lo señalado, se advierte que en el procedimiento de selección del cocontratante no se ve afectada dicha gratuidad, en aquellos casos en que los pliegos deban ser obtenidos por los interesados, previo pago de una suma de dinero que cubra el costo de reproducción; ni tampoco por la exigencia de constituir garantías de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato. Ello, en atención a que por este medio se apunta a asegurar la seriedad de la propuesta o la ejecución de las prestaciones a cargo del cocontratante. En definitiva, la cláusula en cuestión carece de la explicación que ofrecen los casos de las garantías o compra de pliegos, no cupiendo [sic] fundarla en el desaliento de impugnaciones dilatorias, atento el efecto no suspensivo de éstas".

65 Como bien señala Cassagne ("Derecho administrativo", II, Séptima edición actualizada, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, pág. 533), este fenómeno se observa no solo en nuestro país sino también en otros como España.

66 Tales restricciones han sido elocuentemente calificadas en España por García de Enterría y Fernández ("Curso de derecho administrativo", II, Civitas, Novena Edición, Madrid, 2004, pág. 490) como "múltiples agresiones" a este principio rector.

67 Ver, al respecto, la lúcida nota de Josefina Barbarán titulada "El agotamiento del administrado", LL. 2005-E-1120.

68 Aclara, al respecto, el dictamen en cuestión que "no obstante lo señalado, se advierte que en el procedimiento de selección del cocontratante no se ve afectada dicha gratuidad, en aquellos casos en que los pliegos deban ser obtenidos por los interesados, previo pago de una suma de dinero que cubra el costo de reproducción; ni tampoco por la exigencia de constituir garantías de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato. Ello, en atención a que por este medio se apunta a asegurar la seriedad de la propuesta o la ejecución de las prestaciones a cargo del cocontratante. En definitiva, la cláusula en cuestión carece de la explicación que ofrecen los casos de las garantías o compra de pliegos, no cupiendo fundarla en el desaliento de impugnaciones dilatorias, atento el efecto no suspensivo de éstas".

69 En tal sentido, el artículo 49 del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00 establece que "los Pliegos de Bases y Condiciones se suministrarán en forma gratuita, salvo en aquellos casos en que por sus características el organismo contratante determine que sean obtenidos previo pago de una suma que será establecida en la convocatoria, la que deberá ser equivalente al costo de reproducción de los mismos..."

En otro plano, similares críticas deberían generar ciertas limitaciones normativas a la participación de los administrados en el procedimiento administrativo –propias de la exagerada procesalización que se observa de él– y otras cuestionables prácticas⁷⁰ que hacen dudar seriamente –más allá de saludables excepciones y reiteradas declamaciones formales– sobre el verdadero acatamiento de los principios rectores antes enunciados en nuestro procedimiento administrativo.

“(...) dictamen en examen diferencia a la garantía de impugnación de los supuestos en los que se requiere al administrado la adquisición de pliegos o la integración de garantías de oferta o de ejecución.”

Finalmente, el último argumento invocado por la Procuración es que el reintegro del depósito a la impugnante quedaría sujeto a la voluntad y decisión del órgano cuyo acto se impugna, dentro de un marco de discrecionalidad y sin establecerse distinciones en cuanto a la mayor o menor opinabilidad de la cuestión planteada⁷¹.

Compartimos conceptualmente la crítica formulada. Más allá de la calificación que se otorgue a dicha apropiación⁷² o del alcance que pueda atribuirsele en el caso concreto a la cláusula proyectada por la

Armada⁷³, lo cierto es que conferir semejante atribución al órgano que ha dado origen o convalidado el accionar cuestionado constituye una tentación indebida para el accionar arbitrario.

En ese sentido, más razonable hubiera sido que –de considerarse conveniente su instauración– la devolución de la garantía fuera establecida como regla, previéndose la posibilidad de retenerla parcial o totalmente en el caso excepcional en que la impugnación fuera calificada como maliciosa o temeraria⁷⁴. Naturalmente, semejante decisión debería ser eventualmente pasible de revisión judicial posterior.

IV. Una Cuestión no Resuelta: El Orden y la Eficacia en el Procedimiento Licitatorio

Más allá de las discrepancias menores enunciadas, la posición adoptada por la Procuración en su dictamen del 3 de mayo de 2006 aparece como técnicamente correcta y teóricamente elogiada.

Debemos lamentar, sin embargo, que ni las opiniones anteriores de la Procuración en esta materia ni aquella objeto de examen se hayan detenido en un aspecto que, a nuestro juicio, constituye uno de los ejes centrales de la cuestión: *el de como compatibilizar el justificado interés de preservar adecuadamente el ejercicio de la garantía de defensa*⁷⁵ y ciertos principios básicos del procedimiento administrativo⁷⁶ –como los de colaboración y gratuidad– *con la necesidad de mantener el orden en el procedimiento licitatorio, elemento decisivo para su éxito*⁷⁷.

Para comprender adecuadamente la difícil tensión existente entre tales intereses, resulta conveniente apartarse por un instante del plano del deber ser y detenerse brevemente en la dinámica licitatoria.

70 Como la elevación de los recursos con proyecto de resolución rechazándolos por parte del órgano u ente que emitió el acto objeto de recurso; los condicionamientos que enfrentan los asesores jurídicos para dar libremente su opinión y la escasa sino nula atención prestada a los argumentos allí vertidos. Tales circunstancias llevan lamentablemente a considerar al procedimiento administrativo más como una etapa formal de cumplimiento necesario para acceder a la vía judicial que como una verdadera etapa *precontenciosa* o de conciliación. En relación a nuestra visión de lo que debería ser la instancia administrativa, ver Tawil, “Administración y Justicia”, I, ob. cit., pág. 173.

71 A lo que agrega que “En este orden de ideas, puede llegar a sostenerse que la pérdida del depósito de garantía de impugnación operaría como una especie de condena en costas impuesta en definitiva, no por un tercero imparcial e independiente, sino precisamente por el órgano cuyo acto se impugna, cuando en realidad se está cumpliendo una etapa esencial de procedimiento dentro de un trámite normal, circunstancia por la cual la cláusula proyectada carece de sustento normativo y de antecedentes que autoricen la invocación de figuras análogas”.

72 Sea que se la considere como una suerte de imposición de costas por quien carece de la calidad de tercero imparcial (Procuración) o como una sanción procesal (Druetta).

73 Ver, así, lo expuesto en la nota 6 precedente.

74 Esta solución, como hemos dicho, se asemeja a la propuesta por Mata y Mertehikián en el año 1994 y –como veremos más adelante– tiene parentesco con la solución prevista en el artículo 35.3 de la LCAP española en los casos de garantías de ofertas consideradas temerarias. Ver, así, las notas 121 y 122 siguientes.

75 A nuestro juicio, limitado en este caso en mayor medida que los principios de gratuidad, colaboración o informalismo del procedimiento administrativo.

76 La caracterización de la licitación pública como procedimiento administrativo ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia desde por lo menos el año 1986. Ver, al respecto, Fallos: 308:618; 311:2831, entre otros. En doctrina, ver Cassagne, Juan C., “El contrato administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 46; Comadira, “La licitación pública”; ob. cit., pág. 2; Dromi, “Licitación pública”, ob. cit., pág. 77, entre otros.

77 Como manejar debidamente esta tensión ha generado ya interesantes debates en nuestra doctrina. Refiriéndose a la exigencia de ciertos requisitos formales y como podía ello afectar la concurrencia señalaba Julio Comadira (“La licitación pública”, ob. cit., pág. 27) que “la eficacia debe informar, ciertamente, el desenvolvimiento del procedimiento licitatorio –ella es, por lo demás, un principio general del procedimiento administrativo–; pero no se debe procurar al costo de las garantías constitucionales. El incumplimiento de ellas, en un Estado de Derecho democrático es una variante de la ineficiencia institucional si se acepta que son, en sí mismas, objetivos de insoslayable respeto y, por ende, componentes del bien común que condicionan, necesariamente, la gestión de éste a cargo de la Administración”. En favor de una perspectiva parcialmente distinta en el caso concreto –en cuanto a la necesidad de flexibilizar la visión a fin de facilitar una mayor concurrencia– se pronunciaba Agustín Gordillo en “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, Revista de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1994, n° 11, págs. 293 y ss.

Más allá de las bondades que presenta desde un punto de vista conceptual⁷⁸, lo cierto es que el procedimiento licitatorio dista en la práctica de su pretendida perfección⁷⁹. A pesar de su proclamado carácter automático, el procedimiento licitatorio es todavía terreno fértil para la subjetividad⁸⁰ y ni los tiempos que demanda ni los resultados obtenidos –en materia de transparencia, calidad o precio– son en general los esperados⁸¹.

“El éxito de un proceso licitatorio depende, en importante medida, de que él pueda desarrollarse sin mayores perturbaciones.”

El reproche no debe, por cierto, ser dirigido a la institución sino a quienes hacen un uso inadecuado de ella⁸². La

licitación es solo un procedimiento preparatorio de la voluntad contractual –en definitiva una forma– que, en el caso, pretende identificar de modo objetivo al mejor posible contratante de la Administración. El error parte de suponer que el cumplimiento de la simple forma asegurará el resultado pretendido. Tal como lo hemos señalado con anterioridad –al criticar el modo en que se aplican otros institutos en nuestros país⁸³– quienes centran sus esfuerzos en materia de control en las formas ocultan por lo general –en forma consciente o inconsciente– su incapacidad o limitaciones para ejercer debidamente el control⁸⁴. No se trata de imponer nuevas formas o de incrementar los sellos requeridos. Se trata de saber qué debe controlarse y adoptar las medidas para hacerlo del modo más eficaz⁸⁵.

El éxito de un proceso licitatorio depende, en importante medida, de que él pueda desarrollarse sin mayores perturbaciones⁸⁶. Su ejecución en debido tiempo y forma y la eficacia de los mecanismos utilizados tanto

- 78 ¿Quién podría cuestionar conceptualmente, por ejemplo, los beneficios de un procedimiento que –con el fin de obtener la oferta más conveniente al interés público– proclama como principios rectores de su funcionamiento a la concurrencia, la publicidad y la igualdad?
- 79 Destacan algunos de los problemas prácticos que presenta la licitación Héctor Escola (“Tratado integral de los contratos administrativos”, I, ob. cit., pág. 341 y “Compendio de derecho administrativo”, 2, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 657), Agustín Gordillo (“Tratado de derecho administrativo”, 2, 8ª. ed., Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006, pág. xii-14) e Ismael Farrando (h) (“Procesos de selección del contratista. Burocracia y formalismo v. transparencia y moralidad pública”, en “Temas de derecho administrativo”, III, Foro de Abogados de San Juan, San Juan, 1999, págs. 42 y ss).
- 80 Visible, por ejemplo, en el modo en que se evalúa en ocasiones el cumplimiento o incumplimiento de requisitos formales o se determina el puntaje de los oferentes en los distintos rubros. En relación al primero de estos aspectos, ver las interesantes reflexiones de Gordillo, en “El informalismo...”, antes referido.
- 81 Este problema era acertadamente reconocido por Comadira quien, sin embargo, tenía a nuestro juicio una visión demasiado optimista de esta institución. Señalaba así este destacado catedrático (“La licitación pública”, ob. cit, págs. 39/41) que “el incumplimiento de estas pautas” –refiriéndose a la celeridad, economía, sencillez y eficacia– “es, normalmente, el núcleo de las principales argumentaciones que se erigen en contra de la licitación pública como procedimiento de selección del contratista del Estado. De tal manera, la licitación pública parecería ser, para algunos, sinónimo de lentitud, dispendio, complicación e ineficacia. Y, por supuesto, instrumento inadecuado para neutralizar la corrupción. Creemos que la eventual inaplicación, en la práctica, de esos principios no es una razón que grave en contra de ellos; sería, en todo caso, una manifestación particularizada de la inoperancia global de la Administración Pública. Si, como pensamos, es exigible teóricamente y esperable en la práctica, que la Administración Pública cumpla, en general, con los principios en cuestión, no hay motivo para que ellos no sean también aguardables en la licitación pública; y si aquel cumplimiento no se da, inútil será confiar en la observancia de la licitación. Por lo demás, ante una administración descalificada por lenta, dispendiosa, complicada e ineficaz, ¿por qué se habrá de pretender de ella un comportamiento distinto por los caminos de la contratación directa o de otros procedimientos supuestamente más ágiles? Y por lo mismo: ¿por qué no es de esperar una mayor posibilidad de corrupción con sistemas de mas discrecionalidad?. Pensamos, por ende, que la solución a los inconvenientes que origina el empleo de la licitación pública no radica en su supresión como procedimiento de selección del contratista del Estado; aquella reside, en definitiva, en la articulación de los medios no jurídicos –entre los cuales cobran dimensión sustantiva los proporcionados por los conocimientos comprendidos en la denominada ciencia de la administración– idóneos para el logro de un accionar administrativo eficaz y eficiente...”
- 82 Es decir, a la Administración (Licitante) y a los oferentes (licitadores).
- 83 Ver, así, las críticas que vertiéramos al modo en que se desarrollan las audiencias públicas en nuestro país y la ineficacia que presenta esa institución para garantizar la participación pública en el proceso decisorio en nuestros trabajos titulados “El procedimiento administrativo ante los Entes Reguladores” en “El procedimiento administrativo”, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, págs. 264 y ss. y “Avances regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, El Derecho, Suplemento de Derecho Administrativo del 28 de julio de 2000, pág. 7.
- 84 Coincidimos en ello con Gordillo (“El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, ob. cit., pág. 306), quien afirmaba años atrás que “querer atacar la corrupción mediante principios como el formalismo o la igualdad en el procedimiento de la licitación pública es doblemente ineficaz, aunque le agreguen requisitos como la moralidad u otros: son probablemente no aptos por sí solos para lograr ese objetivo y, además, para mayor agravamiento de la solución adoptada, resultan ineficaces para seleccionar al mejor contratante estatal...”. En este sentido, el artículo 74 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00 parece inscribirse en una orientación más adecuada al limitar las causales de inadmisibilidad formal a aquellas de cierta relevancia (falta de firma del oferente o representante legal, oferta escrita en lápiz o que tuviera enmiendas no salvadas en condiciones tales como el precio, la cantidad o plazo de entrega, etc.), destacando expresamente que “los errores intrascendentes de forma no serán causal de inadmisibilidad de la oferta”. El artículo 8° del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado mediante Resolución M.E. n° 834/00 parece apartarse en alguna medida de ello al señalar que “cuando la oferta tuviera defectos de forma, el oferente será intimado por la Comisión Evaluadora a subsanarlos... Si no lo hiciera, la oferta será desestimada, sin más trámite”. El problema del obrar meramente formal no es, por cierto, exclusivamente nuestro. Señalaba así Alejandro Nieto (“La ‘nueva’ organización del desgobierno”, Ariel, 3ª. Reimpresión, Madrid, 2003, pag. 197) que “la Administración Pública española es esencialmente formalista. Su objeto son los papeles, los expedientes y no la realidad. Se considera que la tarea queda cumplida cuando aparece un Decreto en el Boletín Oficial del Estado, cuando se resuelve el expediente de una contratación, cuando se procede a un nombramiento, cuando se desestima un recurso. La consecuencia que todos estos actos jurídicos pueden tener en el mundo de la realidad, es algo que apenas interesa. Los éxitos y los fracasos de los funcionarios dependen de la tramitación de los expedientes, no de sus realizaciones materiales”.
- 85 A este respecto, nos hemos referido también anteriormente a diversos esfuerzos realizados a partir de principios de los ‘80 en países como los Estados Unidos para reducir la carga burocrática que pesa sobre los administrados. Ver, al respecto, Tawil, “Avances regulatorios en América Latina...”, ob. cit., pág. 7. La importancia que asume la eficiencia en materia licitatoria ha sido reconocida en diversas normativas. Así, por ejemplo, la Argentina ha asumido –en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo III, inc. 5)– el compromiso de “crear, mantener y fortalecer... sistemas para la ... adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.
- 86 En el ámbito del proceso licitatorio, el “orden” no debe ser visto negativamente sino como un elemento decisivo para su éxito. La ausencia de ese orden –visible, por ejemplo, en la admisión de presentaciones o impugnaciones fuera de término– desnaturaliza el proceso licitatorio (al incentivar, justamente, nuevas violaciones al procedimiento por parte de los restantes competidores), afecta la igualdad de los oferentes y deriva irremediablemente en su fracaso.

para asegurar la concurrencia como para limitar la subjetividad y las presiones sobre aquellos funcionarios llamados a resolver se transforman en elementos decisivos a ese efecto.

Naturalmente, ello no siempre es posible. Uno de los principales problemas que se observan en la práctica licitatoria es la dificultad que enfrentan las autoridades para lidiar con ciertos oferentes cuyo interés principal –inicial⁸⁷ o sobreviniente⁸⁸– no coincide necesariamente con el éxito de la licitación⁸⁹. Si bien no siempre es posible catalogarlos adecuadamente ni pertenecen ellos a un solo tipo de contratistas, confluyen en ellos dos elementos distintivos: la beligerancia que demuestran y la creatividad que caracteriza a sus asesores jurídicos.

Así, en extremo frecuentes son los incidentes y cuestionamientos que se producen desde el propio momento de la recepción de ofertas. Las presentaciones, impugnaciones y recursos abundan en ocasiones aún antes de emitirse acto alguno que pudiera justificarlas, sin que resulte óbice para ello el hecho que el art. 12 de la L.P.A. no conceda efecto suspensivo a los recursos⁹⁰. Nótese que, del mismo modo en que el interés público se encuentra firmemente comprometido en asegurar el debido ejercicio de la garantía de defensa, resulta primordial que las licitaciones públicas puedan llevarse a cabo en tiempo

y forma. La sorprendente litigiosidad que se genera en algunos ámbitos no puede pasar desapercibida.

Frente a tal grado de beligerancia –visible con frecuencia, por ejemplo, en el ámbito de la obra pública– los funcionarios públicos se ven en numerosas ocasiones superados. Las normas generales o particulares prestan limitada atención a esta cuestión y en los contados supuestos en que habilitan a los funcionarios para aplicar medidas disciplinarias u ordenatorias –incluyendo la posibilidad de excluir al oferente en cuestión del proceso licitatorio⁹¹– escasas son las ocasiones en que ellas son efectivamente aplicadas⁹². El temor a que medidas cautelares o impugnaciones judiciales posteriores dilaten o hagan fracasar la licitación –por argumentarse que con su ejercicio se pretendió limitar la concurrencia o se afectó indebidamente el principio de igualdad– o, más aún, que ello termine generando problemas personales a los propios funcionarios⁹³, lleva a que tales facultades ordenatorias no sean en general ejercidas⁹⁴. En estos supuestos aflora, más allá de las apariencias, el inmovilismo y la debilidad que en numerosos aspectos caracterizan al funcionario público, denunciados magistralmente en España por Nieto⁹⁵.

Alcanzar el equilibrio no es ciertamente sencillo y el riesgo que, bajo la apariencia de ordenar el proceso

87 En el caso, por ejemplo, de aquellos contratistas a cargo actualmente de la prestación objeto de licitación y que, sea por el mejor precio actual o por la posibilidad de que ella sea adjudicada a un competidor, se beneficiarían con el fracaso o la dilación del procedimiento licitatorio.

88 Cuando resulta del cotejo de las distintas ofertas que ella deberá ser inevitablemente adjudicada a un competidor.

89 Olvidándose, por cierto, que –como señalaban Fiorini y Mata (“Licitación pública”, ob. cit., págs. 46/47)– en el proceso estatal de selección “el Estado y los oferentes asumen otro comportamiento donde la habilidad o la picardía están completamente excluidas, encontrándose vigente, en su lugar, un complejo de valores de bien público que exige a las partes intervinientes –Administración y oferentes– un comportamiento correcto durante todo el desarrollo del proceso...La conducta correcta de la Administración no comprende solo el tratamiento igualitario sino también la imparcialidad de los agentes, el requerimiento objetivo y exento de equívocos, la redacción de pliegos claros e indubitables, las aclaraciones, la información amplia, la subsanación de los inconvenientes formales y, en síntesis, todos los actos exigidos por una leal colaboración que permita el mayor número posible de ofertas...La obligación de una conducta correcta también pesa sobre los proponentes y si éstos la infringen, igualmente la concurrencia se ve afectada. Los proponentes, en reciprocidad con la Administración, deben ofrecer su propuesta de modo claro e indubitable, y durante el transcurso de la selección también están obligados a un comportamiento de leal colaboración con el Estado... Un régimen que sólo imponga imparcialidad a la Administración Pública y no considere necesario exigir rectitud a los interesados en la puja, además de ineficaz es injusto...el ‘fair play’ traducido en actos objetivos, claros, precisos, determinados, inconfundibles e insospechables, resulta exigible a todas las partes intervinientes”.

90 Si bien no todo recurso o impugnación persigue obviamente semejante propósito, el efecto no suspensivo de los recursos no limita necesariamente su interposición. En numerosas ocasiones los recursos e impugnaciones son interpuestos únicamente con un propósito disruptivo y aún cuando no ha habido todavía acto objeto de impugnación. Para aquellos oferentes conscientes de sus posibilidades limitadas, la interposición de recursos e impugnaciones les permite ganar tiempo (en la medida que resulta necesario resolver las impugnaciones a fin de seguir adelante con el proceso) y generar situaciones nuevas de las que podrán eventualmente verse beneficiados (v.gr. iniciar negociaciones con competidores o intentar influir con su presión la visión de los funcionarios intervinientes) sin mayor costo que los derivados del trabajo de sus asesores legales. En otros supuestos, el objeto de interponer recursos que difícilmente sean acogidos por la Administración es el de crear un antecedente que permita solicitar una intervención judicial en el proceso licitatorio por vía cautelar.

91 La posibilidad misma de excluir a un oferente del proceso licitatorio y bajo que condiciones ello resultaría posible ha generado cierto debate en la doctrina. Si bien autores como Marienhoff (“Tratado de derecho administrativo”, III-A, Abeledo-Perrot, 4ª Ed., Buenos Aires, 1994, pág. 222) consideran factible la exclusión de un oferente aún en los supuestos en que no se hallaran predeterminadas en una norma las causales de exclusión con fundamento en la discrecionalidad administrativa, la posición predominante es aquella que limita la posibilidad de excluir a un oferente en particular a los supuestos previstos en los pliegos y normas legales y reglamentarias que rijan la contratación. Ver, así, Dromi, “Licitación pública”, ob. cit., pág. 317. El Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00 carece de un régimen detallado en este sentido más allá de algunas previsiones específicas. Entre ellas se destaca la posibilidad que contempla su artículo 9° -y reproducen los artículos 10 del régimen de contrataciones aprobado mediante Decreto n° 1023/01 y 34 del Pliego Único aprobado mediante Resolución M.E. n° 834/00- de rechazar sin más trámite una propuesta u oferta en casos de corrupción, aún en grado de tentativa. Digna de elogio, la escasa aplicación de esta previsión podría responder a tres circunstancias: (i) que no haya habido intentos de corrupción en los seis años de vigencia de la norma; (ii) que, por el contrario, ellos hayan tenido siempre acogida; ó (iii) que aún quienes rechazaron tales intentos optaron por no aplicar esta previsión ante los inconvenientes denunciados en el texto. Nuestra sensación es que, muy probablemente, haya ocurrido esto último.

92 Preocupante resulta, en este aspecto, la ausencia de toda mención a ello en el Reglamento aprobado por Decreto n° 436/00. Más allá de su elogiado artículo 9°, existen innumerables otros supuestos de oferentes temerarios o maliciosos cuya exclusión debería ser prevista en forme expresa. Aún cuando tales causales pudieran ser contempladas en los pliegos, su falta de mención en la normativa general podría dar lugar a cuestionamientos. Especialmente cuando, como se ha señalado en la nota anterior, el criterio predominante en la actualidad no es el sostenido por el profesor Marienhoff.

93 Ante la eventualidad que, por ejemplo, se promuevan acciones penales en su contra o se cuestione su honorabilidad o imparcialidad.

94 Si bien la exclusión de una licitación podría traer aparejada en teoría sanciones de apercibimiento o suspensión en los registros o padrones respectivos, éstas últimas se encuentran en la actualidad más relacionadas con incumplimientos de contratos ya adjudicados que con exclusiones del procedimiento licitatorio. Ver así lo dispuesto en los artículos 9 y 144 a 148 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00.

95 Ver, al respecto, Nieto, “La ‘nueva’ organización del desgobierno”, ob. cit., págs. 99 y ss. quien se pregunta “El ministro ¿es un déspota más o menos ilustrado o un cargo débil preso de las leyes, inmovilizado por su burocracia y constantemente amenazado por los tribunales?” y respondía “ambas opciones tienen una respuesta afirmativa”.

licitatorio, se limite indebidamente la concurrencia o transparencia es, sin lugar a duda, elevado. Innumerables son los ejemplos de ello⁹⁶.

Ante ese panorama⁹⁷, la Administración ha reaccionado en forma inorgánica y en ocasiones sin justificación técnica o legal suficiente, sea adaptando herramientas creadas originalmente con propósitos diferentes o modelando artificialmente otras destinadas a desalentar este tipo de prácticas.

Entre las primeras, cabe mencionar a las limitaciones impuestas en su momento a fin de que participen del proceso o accedan a información relevante para ofertar únicamente quienes adquieran los pliegos⁹⁸, situación hoy en día superada⁹⁹. Entre las últimas, a la imposición de una garantía o depósito como requisito previo para impugnar las principales resoluciones dictadas durante el procedimiento licitatorio.

Desconocemos las verdaderas razones que motivaron en su momento la instauración de las garantías de impugnación. Si bien no podemos descartar de plano que –como han sostenido algunos autores– ella haya tenido por objeto limitar las impugnaciones con algún objetivo espureo, ese razonamiento no nos resulta convincente. Suponemos, por el contrario, que –en su origen– la garantía de impugnación pretendió constituirse en una herramienta apta para desalentar, a través de una implementación objetiva y generalizada, impugnaciones temerarias, limitando así tanto presiones

indebidas sobre los funcionarios actuantes en el proceso licitatorio específico como las demoras e inconvenientes que ellas traen aparejadas.

En cualquier caso, la experiencia indica que dicho mecanismo no alcanzó el éxito pretendido. A las razonables críticas vertidas por la doctrina y referidas anteriormente, cabe sumar algunas dudas sobre su eficacia práctica.

Si bien es cierto que en buena parte de las licitaciones desarrolladas durante su vigencia no hubo impugnaciones ni incidentes mayores¹⁰⁰, no ocurrió lo mismo en otros supuestos. En estos casos, la valla referida no impidió la presentación de impugnaciones aún cuando ello derivó en la pérdida de sumas significativas en concepto de garantía¹⁰¹. En esas condiciones, no resulta posible saber si la ausencia o presencia de impugnaciones en unos u otros supuestos resultó consecuencia de la conformidad de los oferentes con el modo en que se desarrollaron los procesos¹⁰², del distinto perfil de quienes participaron en unos y otros procesos o de otras circunstancias.

Más aún, si bien no puede desconocerse que la importancia económica de tales garantías coadyuvó para que los oferentes restringieran en ocasiones sus cuestionamientos a aquellos supuestos de mayor relevancia, desalentando impugnaciones temerarias¹⁰³, lo cierto es que los montos en juego limitaron también impugnaciones válidas. Aún cuando se pudiera ensayar

96 En este aspecto, viene inmediatamente a nuestra memoria el caso de la licitación convocada por el Ministerio de Defensa en relación al llamado Plan Nacional de Radarización. En el curso de ese proceso se originó una recordada sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Ver así CNFed. Cont-Adm., Sala I, "Finmeccanica Spa Aerea Alenia Difesa c. Ministerio de Defensa", del 6 de noviembre de 1998, L.L. 1999-B-517 con nota posterior de Laura Monti titulada "Las categorías jurídicas de la preadjudicación y la precalificación en el ámbito de la licitación pública", L.L. 2000-C-112.

97 Sustancialmente distinto -en innumerables supuestos- del escenario ideal. Excelente descripción de lo que debería ocurrir hacia ya hace un tiempo Julio Comadira en "La licitación pública", ob. cit., págs. 75/76.

98 Durante varios años, en la mayor parte de los procesos licitatorios solo se admitía que pudieran efectuar consultas y presentar propuestas quienes adquirirían el pliego. Ver, así, lo dispuesto en el art. 18, incs. 1 y 2, c), IV último párrafo del Decreto n° 1105/89 reglamentario de la Ley n° 23.696 ("La adquisición de un ejemplar oficial del pliego de bases y condiciones será requisito para poder formular propuestas"). Mas aún, junto con la oferta resultaba frecuente exigir tanto la presentación del pliego y las circulares modificatorias originales como del recibo que dé cuenta de la adquisición del pliego por el oferente. Ver, así, por ejemplo, lo dispuesto en los numerales 2.5 ("los adquirentes de este Pliego podrán efectuar a la Comisión las consultas y pedidos de aclaraciones referentes a su contenido que consideren necesarios"), 2.6 ("A partir de la compra de este Pliego y hasta diez (10) días antes de fecha fijada para la presentación de los Sobres 2 y 3, los adquirentes del Pliego tendrán acceso a la información disponible sobre la situación de DIPOS") y 5.2.4. ("El Sobre 1 deberá contener... Como constancia de su aceptación, deberá presentarse copia firmada del Pliego y sus anexos en todas sus hojas y de todas las circulares emitidas hasta el momento de la presentación del Sobre 1. El Pliego y sus circulares deberán acompañarse solo en el juego original. Deberá adjuntarse también fotocopia del recibo de compra del Pliego") del pliego de bases y condiciones generales y particulares para la concesión del servicio público de agua potable y desagües locales en el ámbito de la Dirección Provincial de Obras Sanitarias de Santa Fe, que diera lugar a la concesión otorgada a Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., recientemente rescindida. En función de ello, en numerosos supuestos, el valor de adquisición del pliego no reflejaba el costo de su preparación ni constituía un simple mecanismo de recaudación sino que actuaba también como un mecanismo destinado a desalentar la participación de potenciales oferentes que carecieran de interés o seriedad suficiente. Una fuerte crítica a ese sistema puede verse en Gordillo, "Tratado de derecho administrativo", 2, ob. cit., pág. xii-10.

99 En tal sentido, ver lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento aprobado por Decreto N° 436/00 anteriormente referido. En sentido concordante, el artículo 65 exige actualmente la presentación con la oferta del recibo de pago del Pliego de Bases y Condiciones Particulares "en los casos que corresponda" y el artículo 67 establece que "la presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las cláusulas que rigen el llamado a contratación, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos con la oferta". En relación al acceso a las actuaciones, el artículo 4° del Pliego Único aprobado mediante Resolución M.E. n° 834/00 autoriza a tomar vista de las actuaciones a todo aquel que acredite algún interés salvo durante la etapa de evaluación de las ofertas. Aclara correctamente esta disposición que el derecho a tomar vista no da derecho al particular a efectuar presentaciones en el expediente por el que tramita la licitación ni dará lugar a la suspensión de los trámites o a demoras en el procedimiento de la contratación.

100 Particularmente en los casos de generación, distribución y transporte de electricidad y distribución y transporte de gas, licitaciones todas ellas celebradas en el ámbito de la entonces Secretaría de Energía de la Nación.

101 Así aconteció, por ejemplo, en los casos de las licitaciones vinculadas con los servicios postales y aeroportuarios, desarrolladas con posterioridad en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Lo mismo ocurrió en el caso de los servicios de higiene urbana de la Ciudad de Buenos Aires.

102 No puede desconocerse que todas o la mayor parte de las licitaciones celebradas en el ámbito de la Secretaría de Energía se definieron en razón del precio ofrecido. Los oferentes fueron en general calificados y se optó acertadamente por evitar la inclusión de elementos subjetivos como los sistemas de puntaje. La experiencia indica que cuando las licitaciones se definen por el precio, quienes actúan de buena fe difícilmente impugnen su resultado.

103 Ver, al respecto, Monti, "Las categorías jurídicas...", ob. cit., pág. 118. Ratificando el objetivo perseguido por este tipo de garantías de "evitar la realización de impugnaciones no justificadas que pudieran dilatar innecesariamente el procedimiento licitatorio", ver Dictámenes: 202:151, referido con mayor detalle anteriormente.

alguna justificación de la solución ideada¹⁰⁴, a la vez que desalentó algunos cuestionamientos indebidos, ella incrementó peligrosamente la discrecionalidad del funcionario llamado a resolver la impugnación y, con ello, la ausencia de control¹⁰⁵.

Conscientes de la problemática planteada, prestigiosos especialistas plantearon la conveniencia de evitar la imposición de este tipo de garantía e intentar limitar las prácticas dilatorias mediante el establecimiento de plazos sumarisimos para la sustanciación y decisión de las impugnaciones¹⁰⁶. Si bien compartimos la preocupación esbozada, el establecimiento de tales plazos podría ser objeto de cuestionamientos análogos a los efectuados a la garantía de impugnación (limitación al principio de legalidad, garantía de defensa, verdad material, etc.) y generar inconvenientes adicionales ante las dificultades que enfrentarían los órganos administrativos para resolver rápidamente tales impugnaciones¹⁰⁷.

Más allá de disposiciones aisladas a las que hemos hecho referencia anteriormente y que se relacionan en su mayor parte con el incumplimiento de ciertas formalidades o elogiabiles protecciones contra actos de corrupción¹⁰⁸, no visualizamos en las normas vigentes en materia de contrataciones del Estado un régimen orgánico cuya aplicación objetiva y generalizada permita mantener el orden en

el procedimiento licitatorio, evitando aquellas prácticas que –bajo la excusa del ejercicio de derechos y principios fundamentales– persiguen en realidad su fracaso.

Si bien el artículo 12 del régimen de contrataciones aprobado mediante Decreto n° 1023/01 (modificado por el Decreto n° 666/03) faculta a la autoridad administrativa a imponer a los oferentes y cocontratantes que incumplieren sus obligaciones las penalidades allí previstas, la naturaleza de aquellas contempladas en el inciso a) de su artículo 29 –pérdida de las garantías de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato, multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones o rescisión por culpa– no parece relacionarse con los supuestos en examen. Asimismo, si bien su inciso b) habilita a la aplicación de las sanciones de apercibimiento, suspensión e inhabilitación a los oferentes¹⁰⁹ o cocontratantes en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones, no existe mayor precisión respecto al modo o condiciones de aplicación de tal potestad sancionatoria¹¹⁰ y, en cualquier caso, ella parece proyectar sus efectos más hacia contrataciones futuras –como ya ocurría anteriormente con la suspensión o cancelación de la inscripción en los registros¹¹¹– que a aquella en la que se verifica la conducta cuestionada¹¹².

Ninguna norma autoriza así, por ejemplo, a la exclusión o imposición de sanciones pecuniarias a aquellos ofe-

104 Sosteniéndose, por ejemplo, que si se perseguía consagrar un mecanismo generalizado que redujera drásticamente la litigiosidad, su implementación no podía dejar margen de duda. Suponer la devolución de la garantía en aquellos supuestos en que la impugnación era rechazada pero contara con razonable sustento –solución infinitamente mas razonable desde una perspectiva constitucional– hubiera limitado la efectividad pretendida. Debe suponerse que las impugnaciones cuentan en general con ese sustento y que, reconocido ello en sede administrativa o judicial, hubiera eliminado el temor a su pérdida y con ello el desaliento a las prácticas que se intentaban limitar.

105 En esas circunstancias no sólo dejan de impugnar los oferentes temerarios sino también quienes dudan de la objetividad de aquel llamado a resolver y no son propensos a asumir riesgos económicos significativos ante el peligro cierto de perder la garantía. Y, como el huevo y la gallina, la disminución en las impugnaciones provee aún mas terreno fértil para la arbitrariedad administrativa.

106 Señala así Ricardo Druetta (“Garantía de impugnación...”, ob. cit., págs. 26/27) que “en mi opinión, la dilación es perfectamente evitable sin necesidad de desconocer o en su caso, restringir los derechos de los participantes del proceso de selección, estableciéndose en el pliego, plazos sumarisimos para la sustanciación y decisión de las impugnaciones, los que de ser cumplidos por la Administración, en nada enervarán el trámite normal y ordinario del concurso...No es más ni menos que aplicar el principio de celeridad o rapidez de los procedimientos consagrados por la LPA y el régimen legal de las privatizaciones, de modo que en el tiempo mas breve posible se llegue a una decisión fundada sobre el fondo de la cuestión”.

107 Especialmente teniendo en mira que lo allí resuelto podrá ser objeto de impugnación judicial. Nótese que decisiones de esta naturaleza requieren previamente de un dictamen jurídico, el examen en numerosas ocasiones de cuestiones técnicas, el consenso de un cuerpo colegiado y, en algunos supuestos, la posterior decisión de quien cuenta con la potestad de resolver la impugnación dentro de la organización administrativa. La realidad indica que difícilmente cumpla la Administración con tales procedimientos en plazos breves. Basta advertir lo que ocurre en procesos decisorios en general más sencillos como la resolución de recursos de reconsideración o jerárquicos en los que la Administración rara vez emite su decisión en el plazo de 30 días hábiles administrativos previsto en el Decreto n° 1759/72.

108 Como los artículos 74 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00 y 16 del Pliego Único aprobado mediante Resolución M.E. n° 834/00 en cuanto al incumplimiento de ciertos recaudos formales esenciales; 9 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00 y 10 del régimen de contrataciones aprobado mediante Decreto n° 1023/01 que autorizan al rechazo sin más trámite de una oferta en caso de corrupción (aún en caso de tentativa); 33 del Pliego Único aprobado mediante resolución M.E. n° 834/00 que autoriza a la revocación del procedimiento de contratación en el que se hubieran omitido los requisitos de publicidad previa o formulado especificaciones cuyo cumplimiento sólo hubiera sido factible por determinado interesado u oferente y 4° del Pliego Único aprobado mediante resolución M.E. n° 834/00 que impide efectuar presentaciones en el expediente licitatorio a aquellos particulares cuyo interés los autorizó a tomar vista de las actuaciones. La posibilidad de desestimar ofertas que han incumplido ciertos requisitos formales en caso de no ser subsanado ante la intimación de la Comisión Evaluadora a que se refiere el artículo 8° del Pliego Único podría ser considerada también entre disposiciones de esta naturaleza aunque de su aplicación práctica dependerá el debido cumplimiento de las pautas sentadas en el artículo 74 del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00.

109 Se trata de las mismas sanciones previstas en su momento, ante supuestos distintos, en el inciso 8 de la reglamentación al artículo 61 de la vieja ley de contabilidad (Decreto-Ley n° 23.354/56), conforme al texto introducido por el Decreto n° 5720/72.

110 A diferencia de lo que acontecía en el régimen anterior en la medida en que los incisos 8 y siguientes de la reglamentación referida en la nota anterior contemplaba con mayor detalle los supuestos y condiciones de su aplicación.

111 Respecto a éstas, ver la detallada descripción efectuada por Barra, “Contrato de obra pública”, 2, ob. cit., págs. 559 y ss.

112 Cabe advertir que si bien el artículo 28 inciso a) del régimen aprobado mediante Decreto n° 1023/01 impide contratar con aquellas personas que hubieran sido objeto de la sanción de suspensión o inhabilitación referidas en el artículo 29 inciso b), apartados 2 y 3 debe suponerse que, en la medida en que tales sanciones deben encontrarse firmes, difícilmente ese supuesto se presentaría en el curso de la misma contratación en la que fueron sancionados. En el caso del Reglamento aprobado mediante Decreto n° 436/00, las sanciones de suspensión e inhabilitación previstas en sus artículos 144 a 146 se relacionan con revocaciones de adjudicaciones, rescisiones contractuales e incumplimientos de la obligación de suministrar información a la SIGEN en relación al sistema de precios testigo y la sanción de multa prevista en su artículo 158 a incumplimientos de los concesionarios de bienes del dominio público y privado del Estado, todos ellos ajenos al supuesto en examen. Por una visión diferente a la que llevaría la aplicación práctica de la norma parecía pronunciarse el profesor Marienhoff (“Tratado...”, III-A, ob. cit., págs 221/222) al señalar –discrepando con Sayagués Laso– que en los casos en que el régimen legal vigente no hubiera adoptado el sistema de inscripción en los registros, el Estado puede excluir al candidato inidóneo mediante una resolución debidamente motivada. Según él, ello resultaría aplicable no solo a licitaciones futuras sino también a una que recién ha comenzado.

rentes temerarios o maliciosos cuyo accionar evidencie un interés en hacer fracasar o dilatar el trámite de una contratación¹¹³. Su importancia no es por cierto menor y, si bien no existe una solución óptima, aconsejable sería su recepción.

Admitido que la licitación es un procedimiento administrativo especial¹¹⁴, podrá debatirse si los órganos administrativos cuentan o no adicionalmente con la posibilidad de aplicar las facultades disciplinarias que les han sido atribuidas en forma genérica, como acontece en el orden nacional en los artículos 1 inc. b) de la Ley 19.549¹¹⁵ y 6° del Decreto 1759/72¹¹⁶. Lo cierto es que, aún cuando ello fuera posible¹¹⁷, tales facultades no parecen suficientes para alcanzar el objetivo enunciado. Menos aún podría pretender subsanarse esa falencia invocándose la controvertida prerrogativa estatal de imponer sanciones no previstas contractualmente¹¹⁸ en la medida en que en el caso ni siquiera existiría hasta el momento contrato.

Inspirados en las previsiones del Código Procesal en materia de malicia y temeridad, algunos proyectos legislativos han propuesto imponer sanciones pecuniarias o, encontrándose vigente la garantía de impugnación, disponer su pérdida en aquellos supuestos en que la impugnación fuera considerada maliciosa o temeraria.

Otros sistemas, como el español, han ideado mecanismos alternativos para combatir el accionar temerario. Por un lado, prohíben contratar con la Administración a quienes hubieran incurrido en falsedades graves en la información provista¹¹⁹. Adicionalmente, prevén la posibilidad de que se establezcan en los pliegos particulares criterios objetivos tendientes a determinar cuando una oferta será considerada temeraria¹²⁰ y contemplado la facultad de retener la garantía de oferta (denominada allí "garantía provisional") del oferente no adjudicatario que pueda presumirse ha incurrido en esa conducta¹²¹. Sin embargo, tales previsiones parecen

113 Es evidente que ningún oferente explicará públicamente tal interés. Sin embargo, del mismo modo que puede probarse la desviación de poder mediante indicios, lo propio podría ocurrir en este supuesto. Más aún, la Comisión Evaluadora podría intimar previamente a los oferentes que incurran en este tipo de actitudes a cesar en ellas bajo apercibimiento de ser sancionados pecuniariamente o excluirselos del proceso licitatorio. Haciendo un paralelo con ciertas prácticas deportivas se implementaría así una suerte de "tarjeta amarilla".

114 Fallos: 308:618; 311:2831, entre otros.

115 En cuanto, tras destacar los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia a los que deben ajustarse los trámites administrativos, faculta "al Poder Ejecutivo para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal. Este régimen comprende la potestad de aplicar multa de hasta diez mil pesos (\$ 10.000) cuando no estuviere previsto un monto distinto en norma expresa mediante resoluciones que, al quedar firmes, tendrán fuerza ejecutiva. Este monto máximo será reajustado anualmente por el Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor establecido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos del Ministerio de Economía de la Nación".

116 Al establecer que "para mantener el orden y decoro de las actuaciones, dicho órgano podrá: a) testar toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos; b) excluir de las audiencias a quienes las perturben; c) llamar la atención o apercibir a los responsables; d) aplicar las multas autorizadas por el artículo 1° inc. b) *in fine* de la Ley de Procedimientos Administrativos, así como también las demás sanciones, incluso pecuniarias, previstas en otras normas vigentes. Las multas serán ejecutadas por los respectivos representantes judiciales del Estado, siguiendo el procedimiento de los artículos 604 y 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; e) separar a los apoderados por inconducta o por entorpecer manifiestamente el trámite, intimando al mandante para que intervenga directamente o por nuevo apoderado, bajo apercibimiento de suspender los procedimientos o continuarlos sin su intervención, según correspondiere. Las faltas cometidas por los agentes de la Administración se regirán por sus leyes especiales".

117 Ver, al respecto, lo expuesto por nuestra Corte Suprema en relación a la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos a los contratos administrativos en el conocido caso "Gypobras" del 5 de abril de 1995 (L.L. 1995-E-473, con nota de nuestra autoría titulada "El artículo 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema"). En concordancia con esa doctrina, el artículo 36 del Decreto n° 1023/01 modificó al artículo 7° *in fine* de la Ley n° 19.549 estableciendo la aplicación directa y no analógica del título III de la ley (referido a los elementos, vicios y mecanismos de saneamiento de los actos administrativos) a los contratos administrativos. En la medida en que esta modificación elimina la distinción en que se basara la Corte en "Gypobras" (la aplicación por analogía en cuanto al título III y en forma directa respecto al resto de la ley) y nada dice la nueva redacción respecto a una eventual aplicación directa de los restantes títulos de la ley a los contratos administrativos, cabría preguntarse si ello altera de algún modo la situación existente.

118 En ese sentido, ver C.E., "Deplanque", del 31 de mayo de 1907, concl. Romieu. Aún reconociendo a la potestad sancionatoria como una facultad implícita de la Administración en el supuesto de silencio contractual, la posibilidad de aplicar sanciones pecuniarias no previstas contractualmente ha sido severamente cuestionada por un importante sector de la doctrina. Ver, así, Marienhoff, "Tratado de derecho administrativo", III-A, ob. cit., págs. 412 y ss.; Escola, "Tratado integral de los contratos administrativos", I, ob. cit., pág. 420 y, en Francia, Richer, Laurent, "Droit des contrats administratifs", LGDJ, 3ª. Ed., Paris, 2002, págs. 239 y ss.

119 Dispone así el artículo 20 de la LCAP española respecto a las prohibiciones de contratar que "En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes...:g) Haber incurrido en falsedad grave al facilitar a la Administración las declaraciones exigibles en cumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de sus normas de desarrollo..." La doctrina española entiende que no corresponde incluir entre ellas a aquellas declaraciones que puedan haber inducido a un error a la Administración sino sólo a las que han deformado de manera grosera hechos, situaciones o circunstancias que se han puesto de manifiesto ante los órganos de contratación". Cfr. Fuertes López, "El contratista...", ob. cit., pág. 90, quien señala que "esta prohibición tiene una naturaleza fundamentalmente cautelar, como llamada de atención a los contratistas para que actúen de manera veraz y leal, con la amenaza de quedar excluidos de futuras licitaciones públicas, si se descubre la falsedad de sus declaraciones".

120 Establece a este respecto el artículo 86 de la LCAP, en relación a los criterios para la adjudicación del concurso, que "1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla...3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias".

121 Señala en ese sentido el artículo 35 de la LCAP, al referirse a las garantías provisionales, que "1. En los contratos comprendidos en esta Ley será requisito necesario para acudir a los procedimientos abiertos o restringidos...el acreditar la constitución previa, a disposición del correspondiente órgano de contratación, de una garantía provisional equivalente al 2 % del presupuesto del contrato...2. La garantía provisional será devuelta a los interesados inmediatamente después de la propuesta de adjudicación del contrato en los casos en los que la forma de adjudicación sea la subasta o de la adjudicación, cuando aquélla sea por concurso. La garantía será retenida al empresario incluido en la propuesta de adjudicación o al adjudicatario e incautada a las empresas que retiran injustificadamente su proposición antes de la adjudicación. 3. En los supuestos de presunción de temeridad, a los que se refieren los artículos 83.2, letra b, y 86.3 será retenida la garantía a los empresarios comprendidos en la misma, así como al mejor postor o al que presente la oferta más ventajosa de los que no lo estén, hasta que se dicte el acuerdo de adjudicación..."

centrarse únicamente en una faceta de la temeridad, la del oferente que efectúa una oferta desproporcionada o artificialmente baja¹²² y no contempla las restantes conductas a las que hiciéramos referencia.

Si bien esas iniciativas deben ser valoradas positivamente, nos inclinamos por una solución más específica que, en lo posible y a fin de garantizar su aplicación objetiva, tipifique debidamente las conductas no deseadas (v.gr. presentación de objeciones o impugnaciones fuera de las oportunidades previstas específicamente para ello, afectación indebida del orden en actos públicos relevantes como los de apertura de sobres, etc.)¹²³ y las sanciones que ellas deberían traer aparejadas.

La implementación de tales mecanismos exigiría su recepción expresa en las normas generales en materia de contratación administrativa. No puede desconocerse, sin embargo, que el reconocimiento explícito de esta realidad y los esfuerzos que pudieran realizar en ese sentido tanto la Procuración del Tesoro como otros organismos de asesoramiento del Poder Ejecutivo complementarían adecuadamente el relevante aporte realizado en el dictamen objeto de este comentario.


V. Reflexiones Finales

Resulta indudable que, desde un punto de vista teórico, la eliminación de este tipo de instrumentos debe ser vista positivamente en cuanto reafirma el ejercicio de

algunas de las garantías individuales y principios básicos del procedimiento administrativo.

Igualmente cierto es que no debe propugnarse *a priori* una valoración negativa del ejercicio lícito del derecho de defensa por el simple hecho de que en algunos casos se produzcan excesos¹²⁴.

Como toda relación que se inicia, el éxito de una incipiente vinculación contractual dependerá significativamente del esfuerzo, la buena fe y el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas por ambas partes. El obrar administrativo requiere de la colaboración voluntaria de quien contrata con el Estado y quien se vincula con él debe ser visto como un colaborador y no como un adversario de la Administración¹²⁵.

No puede desconocerse, sin embargo, que los excesos referidos existen y que, en ese contexto, la eliminación de los mecanismos existentes para combatirlos –por deficientes o reprochables que ellos resulten– se presenta tan solo como una solución parcial e incompleta del problema denunciado. Del mismo modo que se propugna en forma creciente el examen previo de los costos y beneficios regulatorios que la sanción de una nueva regulación puede traer aparejados resultaría aconsejable que, al tiempo que se eliminan o reforman aquellas instituciones que se consideran susceptibles de reparo, se examinen debidamente las prácticas que le dieron origen, proveyendo a la Administración de mecanismos eficaces para desterrarlas. 

122 Dispone así el artículo 83 de la LCAP en relación a la adjudicación y bajas temerarias que "...2. El acuerdo del órgano de contratación se acomodará a la propuesta, excepto en los casos siguientes: a) Cuando la Mesa de contratación haya efectuado la propuesta con infracción del ordenamiento jurídico, en cuyo caso la convocatoria quedará sin efecto. Se exceptúa el supuesto de que la infracción afecte exclusivamente al licitador en cuyo favor se realiza la propuesta, en el que la adjudicación deberá tener lugar en favor del siguiente postor no afectado por la infracción. Previamente a la resolución que se adopte, será preceptivo el dictamen del Servicio Jurídico del órgano de contratación. b) Cuando el órgano de contratación presuma fundamentadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En estos casos se solicitará informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen.3. El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente... 4. El órgano de contratación, a la vista de los informes mencionados, acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurrido en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de las Comunidades Europeas, si el anuncio de la licitación hubiese sido publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 5. Cuando la adjudicación se realice en favor del empresario cuya proposición hubiera estado incurrida inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva del 20 % del importe de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36.4.

123 Nadie mejor para proponer la identificación de tales conductas que los propios órganos administrativos y de asesoramiento jurídico, vastamente expuestos a ellas.

124 Señalaba así Comadira ("La licitación pública", ob. cit., pág. 36): "¿Cuál es el sentido de poner obstáculos a esa participación privada? Se dirá que con tales exigencias monetarias se disuaden las impugnaciones obstruccionistas y se provee, así, a la celeridad del trámite administrativo. Desde nuestro punto de vista, las impugnaciones particulares no deben ser valoradas, institucionalmente, como obstrucciones al accionar administrativo. Ciertamente puede haberlas de esa clase; y, en realidad, la experiencia administrativa lo demuestra. Sin embargo, la regulación recursiva no puede partir de esa base patológica, porque la regla, en nuestra opinión, sigue siendo la contraria".

125 SCBA, "Fasolo Hnos. c/ Provincia de Buenos Aires", del 1° de septiembre de 1981, JA 1982-II-141.