

Cassagne, Juan Carlos
Tratado general de los contratos públicos / Juan Carlos
Cassagne ; dirigido por Juan Carlos Cassagne. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2013.
v. 2, 1360 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2586-4

1. Derecho Administrativo. 2. Contratos. I. Cassagne,
Juan Carlos, dir.
CDD 342

1ra. edición: 2013

© Juan Carlos Cassagne, 2013
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2013
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2586-4 (Tomo II)
I.S.B.N. 978-987-03-2584-0 (Obra completa)
S.A.P. 41551365
S.E.T. 41551268

ARGENTINA

TRATADO GENERAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

TOMO II

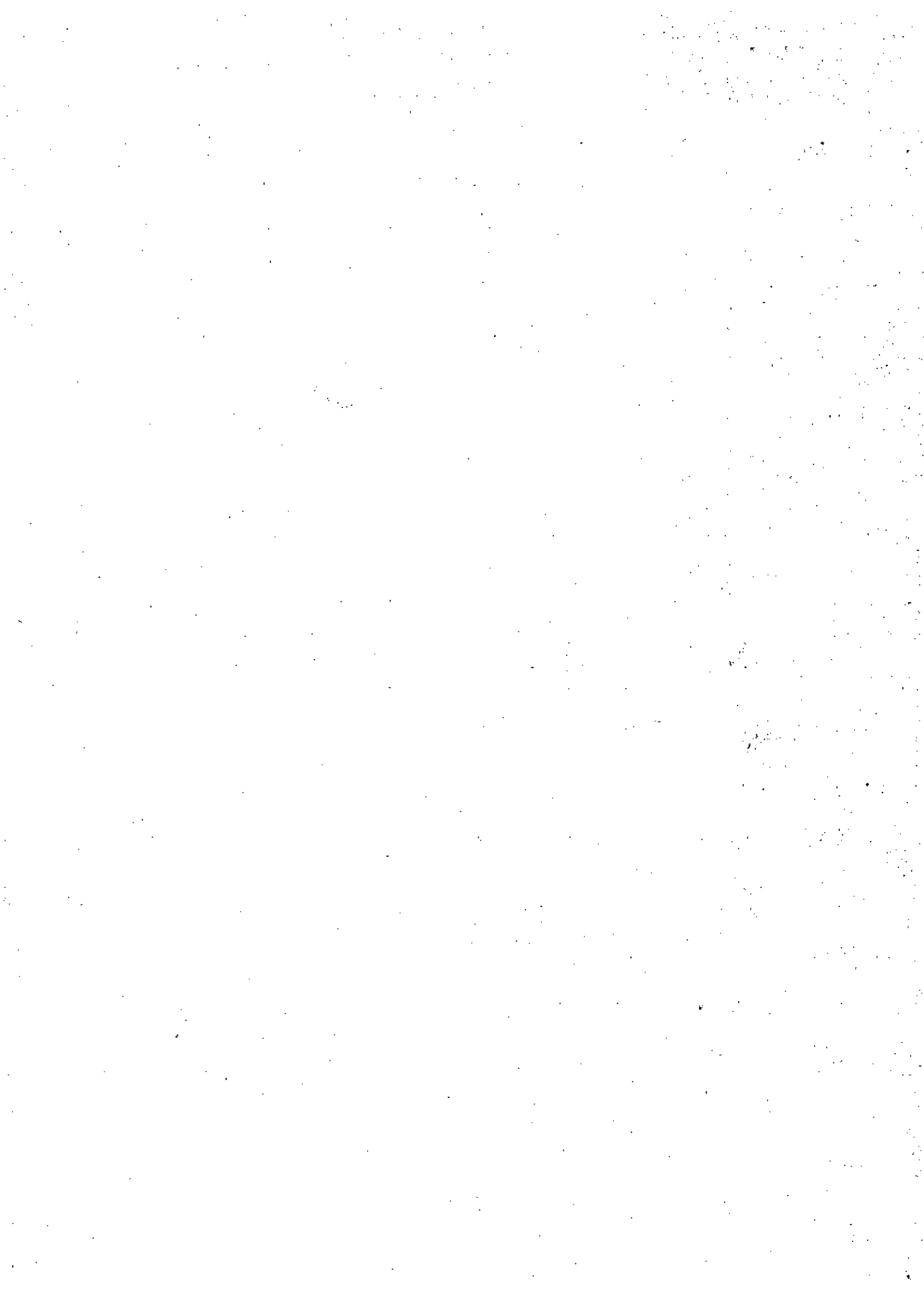
Director:

Juan Carlos Cassagne

Autores por orden alfabético:

<i>Oscar R. Aguilar Valdez</i>	<i>Leonardo F. Massimino</i>
<i>José Araujo-Juárez</i>	<i>Ismael Mata</i>
<i>Luis José Béjar Rivera</i>	<i>Odete Medauär</i>
<i>Alberto B. Bianchi</i>	<i>Franck Moderne</i>
<i>Alberto Biglieri</i>	<i>Laura Monti</i>
<i>Carlos A. Botassi</i>	<i>Jorge I. Muratorio</i>
<i>Allan R. Brewer-Carías</i>	<i>Juan Manuel Otero Varela</i>
<i>Fabián Omar Canda</i>	<i>Leandro T. Pacheco Barassi</i>
<i>Nora Chibán</i>	<i>Ignacio M. de la Riva</i>
<i>Jorge Danós Ordóñez</i>	<i>Libardo Rodríguez Rodríguez</i>
<i>Augusto Durán Martínez</i>	<i>Alberto Sánchez</i>
<i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	<i>Domingo Sesín</i>
<i>María Victoria Finn</i>	<i>Gustavo E. Silva Tamayo</i>
<i>Eduardo García Rajo</i>	<i>Oswaldo Siseles</i>
<i>Santiago González-Varas Ibáñez</i>	<i>Aldo Travi</i>
<i>E. Patrizia Gottschau</i>	<i>Daniela Ugolini</i>
<i>Tomás Hutchinson</i>	<i>Alejandro Vergara Blanco</i>
<i>Carlos Marcelo Lamoglia</i>	<i>Felipe De Vivero Arciniegas</i>
<i>Diego P. Llinás</i>	

~ ~



XIII. CONCLUSIÓN

Es tal la cantidad, dimensión económica y abuso de aplicación de las excepciones que operativamente gravitan en las contrataciones públicas, que aparecen en abierta tensión con los principios generales del derecho administrativo y las normas constitucionales consagradas en los arts. 18 y 42 de la CN.

La normativa inherente al proceso de adquisición de bienes y servicios en todos los órdenes administrativos del país, está fuertemente impregnado de estos métodos de salteo, cuya reiteración y habitualidad los transforman en verdaderas reglas.

Aconsejamos así la lectura inversa de las normas de procedimientos licitatorios: Primero leer las *excepciones*, luego las *reglas*.

Pues, al fin y al cabo toda regla tiene su excepción. Excepto ésta.

CAPÍTULO SEXTO

LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES

POY LEONARDO F. MASSIMINO⁽¹⁾

SUMARIO: I. Planteo. II. Los pliegos de bases y condiciones en el derecho comparado. 1. Estados Unidos. 2. España. 3. Italia. 4. Alemania. III. Los pliegos de condiciones. Concepto. IV. Las tesis existentes acerca de la naturaleza jurídica del pliego de bases y condiciones. Implicancias de la posición que se adopte. V. La modificación de los pliegos de bases y condiciones. Remisión. VI. Las clases de pliegos de bases y condiciones. VII. Las vías de impugnación de los pliegos de condiciones. VIII. Los pliegos de condiciones y los principios del procedimiento administrativo. 1. La tutela judicial efectiva y los pliegos de bases y condiciones. 2. El principio de legalidad y los pliegos de licitación. 3. El principio de transparencia y los pliegos. 4. La participación ciudadana en la elaboración de los pliegos. 5. El procedimiento previo al dictado del acto (art. 7 LNPA) y los pliegos de condiciones. 6. El principio de igualdad. Interpretación de las palabras y expresiones de los pliegos. 7. La renegociación de los contratos ¿rompe con el principio de igualdad? Remisión. IX. La situación en Argentina. El marco legal de los pliegos de bases y condiciones. 1. Informe en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción. 2. Reglamento general para la elaboración participativa de normas. 3. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. 4. El dec. 893/2012. 5. Resolución 281/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. X. Jurisprudencia sobre los pliegos de bases y condiciones. Diversos supuestos. 1. "Constructora Schmidt c. Provincia de Mendoza" (1937). 2. "Compañía Avellaneda de Transportes S.A. c. Gobierno Nacional" (1974). 3. "Hotel Internacional Iguazú, S. A. c. Gobierno Nacional" (1986). 4. "Rade-

(1) Abogado y Doctor en Derecho, Universidad de Córdoba. Magíster en Derecho Administrativo y Especialista en Regulación, Universidad Austral. Gerente Asuntos Legales de Distribuidora de Gas del Centro S.A. y Cuyana S.A. Profesor titular de "Derecho Administrativo", Universidad Católica de Córdoba y Profesor de "Derecho procesal administrativo, Universidad de Córdoba. Profesor de diversos posgrados en el País y en el extranjero.

Ijak, Juan C. c. Administración Gral. de Puertos" (1998). 5. "Copimex C.A.C. e I.S.A. c. Alesia S.A.C.I.F. y A.G." (1991). 6. "Camtral S.A. c. Ferrocarriles Argentinos S.A." (1992). 7. "Robles S.A., Vicente c. Estado nacional - Servicio Nacional de Parques Nacionales" (1993). 8. "Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos" (1993). 9. "El Rincón de los Artistas S.R.L. c. Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro" (2003). 10. "Contipel Catamarca S.A. c. Banco de la Nación Argentina" (2003). 11. "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comité Federal de Radiodifusión" (2004). 12. "Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A." (2007). 13. "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c. Construcciones SADDEMI S.A." (2008). 14. "Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c. Estado Nacional (M° de Economía y Obr. y Serv. Publ.)" (2010). 15. "Telecom Argentina Stet France - Telecom S.A. c. E.N.A. s/acción declarativa de certeza" (2012). XI. El diferente abordaje entre el pronunciamiento mayoritario y minoritario sobre los pliegos de bases y condiciones en el caso "Robles". I. Los argumentos del voto de la mayoría. 2. Los argumentos de la disidencia. XII. ¿Los pliegos de condiciones se utilizan solamente en la contratación administrativa?. XIII. La renegociación de los contratos de obras y servicio público y los pliegos de bases y condiciones. 1. La renegociación de los contratos de obra y servicio público. Conceptualización. 2. Los principios del procedimiento de renegociación y los pliegos. 3. El cotejo entre las principales cláusulas de estos contratos y la doctrina emanada de los precedentes judiciales. 3.1. Cláusulas que disponen renuncias de derechos patrimoniales en contra del Estado con motivo de los daños emanados de la ley 25.561. 3.2. Cláusulas que disponen la suspensión y/o renuncia de efectuar reclamos ante tribunales locales o extranjeros. 3.3. Cláusulas que disponen compensación entre los créditos y las deudas entre las partes. 3.4. Cláusulas que prevén la posibilidad de cambios normativos o regulatorios posteriores a la celebración de los contratos. XIV. Algunas consideraciones a modo de conclusión.

I. PLANTEO

La Administración, al seleccionar a sus contratistas y disponer de los recursos públicos, lo hace según los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos administrativos. Si bien la determinación del grado de libertad que tiene para optar por un cauce formal u otro constituye una cuestión debatida en doctrina y jurisprudencia, en la actualidad no es posible ignorar que la tesis que sostiene que la licita-

ción pública constituye un principio aplicable a toda contratación administrativa⁽²⁾.

La exigencia de licitación pública puede surgir como una regla inherente al ordenamiento cuando aparece impuesta por ciertos principios generales del derecho como los principios de concurrencia y de igualdad, a los que deben agregarse los postulados derivados del principio republicano de gobierno tales como los de participación ciudadana, transparencia en la gestión, ética pública, entre otros que parecen resurgir en la actualidad.

De esta manera, en el marco del proceso de selección del contratista, adquieren particular relevancia los denominados pliegos de bases y condiciones cuyos contenidos y efectos irradian múltiples implicancias en todo el iter de la vinculación contractual de la Administración con los terceros y, además, cristalizan tales principios⁽³⁾.

Por esa razón, en la cuestión referida a los pliegos de condiciones confluyen posturas doctrinarias y jurisprudenciales no siempre coincidentes ya que se vincula con perspectivas valorativas disímiles respecto del procedimiento de selección del contratista, de la exigencia de la licitación pública como un recaudo necesario en la contratación y, sobre todo, con el modo en que los derechos de los particulares intervinientes han de conjugarse con el interés público que debe inspirar el proceso contractual integralmente considerado, tanto en los aspectos sustanciales como procedimentales.

(2) COMADIRA, JULIO R., ESCOLA HÉCTOR J Y COMADIRA, PABLO, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 785 y ss.

(3) Efectivamente, los pliegos cristalizan en gran parte no sólo el ideario y axiología señalados en el texto, sino también que condensan el conjunto de requisitos esenciales a los cuales deberán atenerse los concursantes y demás condiciones y recaudos que se proyectan tanto en la etapa previa a la celebración del contrato, como al momento de su celebración, ejecución y hasta la misma extinción contractual, tal como dispone el art. 3 del dec. 1023/2001 (B.O. del 16/8/2001).

El tema posee, como puede advertirse, significativa importancia actual debido a las constantes transformaciones del proceso de contratación administrativa como consecuencia de los avances tecnológicos⁽⁴⁾ y los requerimientos de debido resguardo de los derechos particulares e intereses públicos comprendidos, todos los cuales poseen tutela constitucional y convencional. La relevancia de estos aspectos se pone en evidencia, por ejemplo, en el proceso de renegociación de los contratos de derecho público dispuesta por la ley de emergencia económica 25.561⁽⁵⁾ que se lleva a cabo actualmente en la que puede discurrirse de qué modo inciden eventualmente los principios de la contratación administrativa y, en su caso, con qué alcances.

Teniendo en cuenta lo antedicho, el plan de este trabajo será el siguiente. En primer lugar, previo a realizar una visión panorámica del tema en el derecho comparado, abordaremos la cuestión referida a la conceptualización de los pliegos de condiciones, estableciendo su naturaleza y algunas implicancias de los diversos enfoques al respecto, en particular en lo referido a las posibilidades de modificación de los pliegos y su impugnabilidad. En segundo lugar, expondremos los principios de la contratación aplicables a los pliegos, procurando enfatizar su recepción en nuestro ordenamiento positivo y en la jurisprudencia. En tercer término, nos referiremos a la vinculación de este tema con una cuestión actual que se presenta en la etapa de ejecución contractual, como es la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos establecida mediante la ley 25.561 y su reglamentación. Finalmente, expondremos algunas consideraciones a modo de conclusión.

(4) Como evidencia de esta afirmación recuérdese que recientemente se ha sancionado el dec. 893/2012 mediante el cual se deroga el decreto 436/2000 y conforma junto al dec. 1023/2001 el régimen de contratación administrativa. La nueva normativa recepta las nuevas tecnologías, por ejemplo, en los mecanismos de publicidad de la actividad administrativa, entre otros aspectos.

(5) Ley 25.561 (B.O. del 7/1/2002).

II. LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES EN EL DERECHO COMPARADO

El tratamiento de los pliegos de condiciones en el derecho comparado también se realiza, como en nuestro caso, en el marco de la contratación pública y se vincula con la concepción que cada país adopta al respecto⁽⁶⁾. Independientemente de la terminología con la que se los designe, en todos los sistemas se hace referencia por igual a documentos preparados por la administración pública que contienen las reglas concretas de una determinada relación contractual, las que deben ser aceptadas por el contratista de una u otra manera y con distintos alcances y efectos según el sistema⁽⁷⁾.

La mejor síntesis que puede ensayarse en materia de pliegos de bases y condiciones son las palabras de Entrena Cuesta cuando afirma que uno de los fenómenos que más llama la atención al estudiar el derecho comparado es la frecuencia con la que una misma corriente legislativa se desarrolla simultáneamente en distintos países. Ello obedece a que el derecho no puede vivir, no vive, desvinculado de la realidad social, que, menos pluriforme de cuanto a primera vista pudiera pensarse, ofrece en cada momento histórico una serie de problemas que se repiten en numerosos Estados, imponiéndose a la consideración del legislador⁽⁸⁾.

(6) COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, La teoría general del Contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación - 1863-1993", p. 98 a 137.

(7) La expresión "pliegos de condiciones" se utiliza en Italia, España y otros países. En Francia se los denomina, en cambio, "*cahier de charges*". Sin embargo, independientemente de la nomenclatura de los instrumentos, puede haber variaciones entre países sobre las diferentes disposiciones que se insertan en los pliegos y los que, por el contrario, quedan en otra normativa (por ejemplo en los reglamentos). Para ampliar ver ROHRSSSEN, GUGLIELMO, *Consideraciones sobre los pliegos de condiciones*, Separata del Primer Congreso Internacional y IV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Mendoza, 1977, p. 11.

(8) ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *La reforma de la Administración Pública en Italia*, Revista de la Administración Pública, Madrid, n° 20, p. 191.

Ello es, justamente, lo que sucede en materia de pliegos de condiciones ya que, como veremos a continuación, países con sistemas jurídicos diversos presentan en común la tendencia a establecer fórmulas de contratación capaces de brindar previsibilidad a los proponentes de una licitación y, a la vez, cierta flexibilidad en la contratación de modo de permitir la satisfacción más eficiente de los intereses públicos comprendidos⁽⁹⁾.

1. Estados Unidos

En los Estados Unidos el principal reglamento de contrataciones administrativas en el orden federal son las llamadas *Federal Acquisition Regulations (FAR)*⁽¹⁰⁾ cuyo órgano de aplicación es la *Office of Procurement Policy (OFPP)*, Oficina de Política de Contrataciones Federales que actúa dentro de la *Office of Management and Budget*, Oficina de Gerenciamiento y Presupuesto. Esta última se ocupa del control de auditoría, la cual como podrá imaginarse posee un poder significativo dado los voluminosos y millonarios contratos que comprende a su cargo⁽¹¹⁾.

Para la selección del contratista rige en Estados Unidos la denominada *Competition in Contracting Act (CICA)* que establece dos métodos llamados competitivos, por medio de los

(9) Aguilar Valdez se plantea el autor en un fundado análisis sino asistimos, ante la pérdida de relevancia del derecho público interno, a la formación de un *ius commune* de la contratación pública global, el que se asienta sobre principios generales y comunes y se reflejan, poco a poco, en los regímenes de contratación pública nacionales. (cfr. AGUILAR VALDEZ, OSCAR, Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas, ReDA nro. 75, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 317).

(10) Para ampliar ver BIANCHI, ALBERTO B., "Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED del 28/10/1999 y 26/11/1999 (especialmente el capítulo IV en el que realiza un estudio detallado de la situación en los Estados Unidos).

(11) En tal sentido y a modo de referencia, el presupuesto para los contratos del gobierno en el año fiscal 2008 alcanzó a más de 210 billones de dólares. Ver la *Consolidated Federal Funds Report (CFFR)*, U.S., Census Bureau, Oregon State University.

cuales se pretende obtener una competencia plena y abierta (*full and open competition*): a) el llamado *sealed bidding* y b) el *competitive proposal o competitive negotiation*. El primero consiste en la presentación de la oferta (*sealed*) y el segundo presenta un sistema de acuerdo contractual por negociación con el futuro concesionario.

En estos procedimientos la Administración procura homogeneizar en lo posible las cláusulas que se emplean en las distintas contrataciones. En tal sentido, por ejemplo, como modo de unificar las cláusulas que permiten cambios en los contratos (*changes clauses*) empleadas habitualmente, la reglamentación administrativa instrumentada a través de las FAR, ha establecido algunas cláusulas modelo que son las que se emplean, como por ejemplo, dos cláusulas una para los contratos de suministro (FAR 52.243-1) y otra para los contratos de construcción (FAR 52.243-4) que indican tanto el procedimiento que debe llevarse como los límites de éstas. Estas cláusulas —y otras similares— procuran armonizar las potestades de la Administración de introducir cambios en el contrato público de modo previsible para el contratista.

2. España

El procedimiento de licitación pública está regulado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14/11/2011⁽¹²⁾ por el que se aprueba el texto refundido de Contratos del Sector Público, salvo en determinados sectores, que se rigen por la Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o por la ley 24/2011 en materia de Defensa⁽¹³⁾.

(12) Pliego de prescripciones técnicas. Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 276 de 16 de noviembre), art. 116.

(13) MAILAN GIL, JOSÉ L., *Categorías Jurídicas en el Derecho Administrativo*, Escola galega de administración pública, Iustel, Madrid, 2011, ps. 141 y ss. El autor plantea allí el contrato administrativo como categoría específica del derecho administrativo desde una perspectiva pública como corresponde, dice, a un derecho autónomo. En PARADA, RAMÓN, *Derecho Administrativo*, t. I, 11a

La normativa precitada regula el procedimiento que es aplicable a todas las entidades del sector público⁽¹⁴⁾ y a los contratos que la misma ley establece normas de regulación de pliegos de la licitación⁽¹⁵⁾.

En relación a estos últimos, el régimen contiene disposiciones expresas en cuanto al contenido que han de tener los pliegos de prescripciones técnicas (art. 116) estableciendo qué órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato. Por su parte, el art. 117 dispone las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas

El art. 127 de dicha normativa regula el llamado "Pliego de Cláusulas Administrativas en contratos bajo la modalidad de abono total del precio". Por su parte, el título II prevé lo relativo a la preparación de otros contratos. Este capítulo único contiene las reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y de contratos subvenciona-

ed., Marcial Pons, Madrid, 1999, ps. 253-310 puede verse una descripción de los antecedentes normativos en torno a la contratación pública en España vigente en la actualidad.

(14) En España, se consideran entidades del sector público a efectos de la Ley de contratos del Sector Público los siguientes grupos: Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica; Sociedades mercantiles participadas en más de un 50% de su capital social por parte de alguna de las entidades arriba mencionadas; y en general todos los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general.

(15) RIVERO ORTEGA, RICARDO, "La nueva regulación de los contratos públicos en España", ReDA, vol. 20, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

dos. Finalmente, el art. 137, que refiere a al establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos, establece las reglas para los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones según la cuantía o monto del contrato.

3. Italia

En Italia los pliegos de condiciones están provistos de varias posiciones legales o reglamentarias que son sustancialmente idénticas: se trata de disposiciones que, teniendo un mismo objeto, deben estar coordinadas e integradas entre sí, de forma tal que den a la institución la configuración unitaria que debe tener.

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, en forma unánime, reconocen a los pliegos de condiciones naturaleza de documentos contractuales, cuyas cláusulas se insertan en la estructura del contrato y deben ser aceptadas por el contratista para resultar aplicables en el ámbito de la relación misma⁽¹⁶⁾.

Es necesario, al respecto, alguna precisión, dado que en todo pliego de condiciones se deben distinguir dos aspectos o momentos. En un primer momento, los pliegos de condiciones, por lo tanto, constituyen instrucciones y directivas que el superior dirige a los subordinados, imponiéndoles la introducción de las mismas cláusulas en todos los contratos que estipularen.

En este primer aspecto, los pliegos de condiciones tienen la naturaleza jurídica de un acto interno (puede también ser llamado reglamento, a condición de que se especifique que se trata de un reglamento interno), que tiene su eficacia y produce efectos jurídicos exclusivamente en el ámbito de la administración.

(16) ROEHRSEN, GUGLIELMO, *Consideraciones sobre los pliegos...*, cit., p. 11.

Para que el contenido del pliego de condiciones pueda obligar al tercero contratante, entrando a formar parte del contrato, se necesita algo más: según lo establecen las disposiciones italianas es necesario que el pliego de condiciones sea mencionado en el contrato, o al menos, aludido por éste. Lo que significa que el pliego de condiciones se transforma en parte integrante del contrato y vincula también al contratante cuando ha sido aceptado por éste como uno de sus elementos. Solo a través de este mecanismo, que se funda en la voluntad del particular, éste está obligado a aquél instrumento⁽¹⁷⁾.

4. Alemania

En el derecho alemán los contratos públicos (en el sentido de compras públicas) han sido tradicionalmente regulados como contratos de derecho privado, al igual que procedimiento de selección del contratista y de celebración del contrato. La decisión de adjudicar el contrato a un determinado sujeto (*Zuschlagsterilung*) no es un acto administrativo con entidad propia, sino la simple aceptación de una oferta contractual, que produce los efectos propios de un acto privado de aceptación. Con la adjudicación se perfecciona el contrato, sin perjuicio de que, en algunos casos, éste se formalice posteriormente.

A pesar de esa calificación privada del contrato, la Administración no puede actuar como lo haría un particular y adjudicarlo al particular que tenga por conveniente, sino que debe tramitar un procedimiento que garantice lo que en nuestro derecho se denomina como principios de publicidad y concurrencia. Se debe anunciar públicamente la celebración del contrato, convocar la presentación de ofertas y elegir la que resulte más conveniente⁽¹⁸⁾.

(17) *Ibidem*.

(18) La ley de reforma de las bases de adjudicación de los contratos públicos (26/8/1998) (*Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge*) se regulan las bases de la selección del contratista así como la tutela de los sujetos que aspiran a ella y se inserta en la ley de defensa de

La finalidad del proceso previo a la adjudicación es de carácter objetivo y su propósito es garantizar el interés público a cuyos efectos se establecen ciertas normas de adjudicación. Se trata de las llamadas *Verdingungsordnungen (Ver)*, que, son básicamente dos, una para los contratos de obra (conocida por sus siglas *(VOB)* y otra para los demás *(VOL)*. Estas normas tienen dos partes (A y B): en una regula la adjudicación del contrato y en la otra su ejecución. Esta segunda parte es equiparable a los pliegos generales de nuestro derecho, entre otras cosas porque, como sucede en nuestro sistema, también está destinada a regir en otros casos que se remiten a ellas. Estas no se consideran normas jurídicas, sino instrucciones técnicas elaboradas y actualizadas por funcionarios públicos.

Al margen de su carácter de normas-modelo a las que se puede someter voluntariamente el particular, las *Ver* son obligatorias para la Administración (tanto la federal como las de los *Länder* y las locales) porque la legislación presupuestaria remite a ellas. Como resultado de esa remisión, las *Ver* se remiten en normas administrativas o internas⁽¹⁹⁾.

III. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. CONCEPTO

En términos generales puede afirmarse que el pliego de bases y condiciones constituye el conjunto de requisitos esenciales y escritos, a los cuales deberán atenerse los concursan-

la competencia. Esta ley ha servido como modelo para otros países pues se tutelan los derechos de quienes aspiran a celebrar un contrato público (en reflejo de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEEP) y la regulación de los contratos que celebran los sectores "excluidos", es decir los contratos que celebran las empresas de gas, electricidad, agua, transporte y telecomunicaciones (contratos cuya adjudicación está regulada por la Directiva 93/38/CEE).

(19) La doctrina española ha objetado la naturaleza jurídica de estas normas pues, según afirma, carecen el carácter de normas jurídicas en sentido estricto y, a la vez, no otorgan la debida protección a los particulares intervinientes. (cfr. LORA, ALEJANDRO HUERGO, *La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el derecho español*, en AAVV: *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Homenaje al Dr. RAMÓN MATEO, coord. FRANCISCO SOSA WAGNER, edit. Tirant lo Blanca Valencia, 2000, ps. 1841-1878.

tes, conforme a derecho, y como sustento que deberá contemplarse en el contrato administrativo en todas sus etapas⁽²⁰⁾.

El pliego de condiciones, afirma Marienhoff, se ha definido como el conjunto de cláusulas redactadas por la Administración, especificando qué se licita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrar y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación. En un sentido amplio se ha dicho que el pliego de condiciones de un contrato administrativo es el conjunto de documentos escritos que determinan las condiciones del contrato. Esta última es la noción aceptable, pues comprende no sólo los pliegos particulares de un determinado contrato o de todos los de la índole de éste, sino que abarca todos los documentos que constituyen los pliegos generales, en cuanto éstos tengan vigencia en el caso concreto⁽²¹⁾. En nuestro ordenamiento el dec. 1023/2001⁽²²⁾ aprueba el "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" que es de aplicación a todas los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8° de la Ley 24.156.

El pliego de condiciones es el resultado de un proceso preliminar, en el cual, ante una necesidad que debe ser satisfecha, la Administración Pública comienza 'por estudiar qué es lo que necesita, cuánto, cómo y qué plazos necesita la provisión, la obra, etc. Aclarado todo eso, dice el precitado autor, la administración se dispone a contratar. Entonces en base a dichos antecedentes, redacta el pliego de condiciones determinando las condiciones del contrato⁽²³⁾.

(20) CAMPAGDALE, HUBERTO, *Pliego de condiciones para la contratación internacional de hidrocarburos*. (Pautas generales), LA LEY, 1985-E, 899.

(21) En el orden nacional, el reglamento de contrataciones del Estado viene a constituir un pliego de condiciones de carácter general, pues las disposiciones de dicho reglamento, a igual que las cláusulas particulares, integran el contrato administrativo.

(22) Dec. 1023/2001 (B.O. del 16/8/2001).

(23) MARIHENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, III, A, Abeledo Perrot, p. 210.

Por su parte, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha conceptualizado los pliegos de bases y condiciones desde la perspectiva axiológica de derecho público derivando de esa conceptualización significativas implicancias prácticas en lo que respecta a su interpretación como a los medios de impugnación.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes se refirió a los pliegos vinculándolos como la ley a la que deben someterse los contratantes. En tal sentido, entre otros precedentes, en la causa "Centrales Térmicas Patagónicas"⁽²⁴⁾ por ejemplo, señaló que:

"Si lo convenido en los pliegos, la oferta y la adjudicación fue que se remunerara a las centrales térmicas por reserva fría, no cabe admitir que tal circunstancia pudiera válidamente modificarse con posterioridad a la adjudicación, pues la ley de licitación o la 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 correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo".

IV. LAS TESIS EXISTENTES ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES. IMPLICANCIAS DE LA POSICIÓN QUE SE ADOPTE

Los pliegos de bases y condiciones contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección hasta las cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario.

(24) Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c. Estado Nacional (M° de Economía y Obr. y Serv. Publ.) (13/7/2010), Fallos: 333:1192.

En doctrina, se ha debatido sobre su naturaleza jurídica teniendo esta cuestión gran trascendencia a la hora de interpretar tanto el poder de modificación o derogación que posee la Administración como el régimen que regula su impugnación. En tal sentido, existen dos concepciones opuestas ya que mientras, por una parte, un sector de la doctrina les atribuye naturaleza contractual⁽²⁵⁾ otro postula su carácter normativo⁽²⁶⁾ o reglamentario, en cuanto a los pliegos de condiciones generales⁽²⁷⁾.

En una primera aproximación, puede afirmarse que los pliegos de licitación reconocen una doble naturaleza jurídica⁽²⁸⁾. Por un lado contienen cláusulas de índole contractual que integrarán el futuro contrato (precio, forma de pago, obligaciones del particular, duración del vínculo, sanciones por incumplimiento, etc.). En otro orden configuran un verdadero reglamento administrativo, sancionado por el órgano deliberativo, regulador de un procedimiento especial de selección. En este aspecto normativo o reglamentario, además de fijarse cuestiones generales (fecha de apertura de propuestas, requisitos objetivos para cotizar, garantías, mecanismos impugnatorios, pautas de evaluación de las ofertas, etc.), se establecen las condiciones de legitimación que deben reunir los competidores para ser admitidos al trámite de elección del cocontratante estatal (inscripción en registro de licitadores, determinada capacidad económica, antecedentes en otras o

(25) Al respecto ver MARIENHOFF, MIGUEL, cit., t. III-A, N° 643 a), p. 211.

(26) FIORINI, B. Y MATA, I., "Licitación Pública. Selección del contratista estatal", Buenos Aires, 1972, p. 80 - BARRA, R. C., *Contratos de Obra Pública*, t. 2, Buenos Aires, 1987, p. 486.

(27) ABAD HERNANDO, J. L., "Pliego de condiciones", en el libro "Contratos Públicos", producto del Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, 1980, p. 304; sostiene que los pliegos de condiciones no tienen naturaleza reglamentaria ya que "poseen una connotación objetiva directa con relación a cada contrato y su aprobación es un acto particular y concreto".

(28) BOTASSI, ALFREDO, *Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación*, LA LEY, 1994-B, 400, Nota al fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II (CCivYCom. San Martín) (Sala II), 12/3/1992, Transportes y Construcciones S.A. c. Municipalidad de General San Martín.

servicios semejantes, situación financiera confiable, exhibición de muestras, etc.).

Marienhoff afirma que en cuanto el pliego de condiciones expresa el contenido —o parte del contenido— del contrato celebrado, es parte integrante del contrato. Dicho pliego especifica en qué debe consistir la prestación del co-contratante y, además, contiene normas de procedimiento que no deben considerarse como de tipo contractual, no sólo porque esas disposiciones rigen una actividad anterior a la formación del contrato, sino fundamentalmente porque esa actividad a la que está sujeta a la Administración forma parte del poder de policía, en tanto trasunta una actividad normativa integrante de la zona de reserva de la administración (regulación del trámite a seguir en una licitación pública)⁽²⁹⁾.

Por su parte, Cassagne ha señalado que no se puede desconocer que en ambas concepciones (tanto la que le asigna carácter contractual como la que asigna una visión reglamentaria) anida una razón parcial aunque, en el fondo, no rescatan la peculiar condición jurídica variable y progresiva que revisten los pliegos de condiciones⁽³⁰⁾. Ha destacado que la variabilidad de su carácter jurídico no depende del arbitrio del funcionario sino que posee una naturaleza que va cambiando progresivamente en cada etapa del proceso de selección y durante la ejecución del contrato⁽³¹⁾. En efecto, señala el autor, antes de la publicidad de los pliegos éstos no operan efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares interesados, por lo que permanecen como actos internos de la Administración. Pero una vez que han cobrado publicidad —en el caso

(29) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de derecho administrativo*, T III, A, p. 211, Cuarta Edición Actualizada, 1994, Abeledo Perrot, p. 211.

(30) Al respecto, ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los procedimientos de selección del contratista estatal", LA LEY, 1997-E, 1485.

(31) Al respecto, Cassagne cita a BERCAITZ, M. A., "Teoría general de los contratos administrativos", Buenos Aires, 1980, p. 330, expuso en su momento una tesis compatible con la que propugnamos en el texto al atribuirle a los pliegos una naturaleza compleja, (cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los procedimientos...", cit., p. 4).

de la licitación pública a través de la publicación— los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria plena, hasta el momento de la presentación de las ofertas (como tales pueden ser derogados, sustituidos o modificados sin mengua del principio de igualdad). A partir de allí y hasta la adjudicación los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas, salvo para permitir la subsanación de recaudos formales.

Al producirse la adjudicación y durante toda la etapa de ejecución los pliegos integran la relación contractual, aunque su inalterabilidad se relativiza por el principio de mutabilidad consensuada (por razones objetivas de interés, cambio de circunstancias, etc.) a condición de que ello igualmente hubiera ocurrido cualquiera hubiera sido el oferente.

El carácter reglamentario que cabe atribuir al pliego durante el procedimiento de selección no puede contradecirse con el argumento de que, finalmente, sus prescripciones pasarán a ser parte integrante del contrato administrativo pues una situación similar se produce con los contratos civiles, que se integran con las normas imperativas y supletorias del Cód. Civil, las que no pierden por ello su peculiar naturaleza materialmente legislativa⁽³²⁾.

(32) La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió al carácter reglamentario de los pliegos señalándose que: "El establecimiento en los procesos de selección, ya sea concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o concursantes, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta. Por el contrario, se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la administración, como el resguardo de los propios derechos de los participantes, que también requieren de datos objetivos a esos efectos. Se trata, en definitiva, de garantizar los principios de publicidad —conocimiento de las razones tenidas en cuenta por la Administración—, competencia —pujar conforme a los mismos criterios de selección— e igualdad —trato a todos los concursantes oferentes sin discriminación ni preferencias subjetivas—, principios éstos esenciales a todo procedimiento administrativo de selección, y emanado de las garantías del debido proceso y de igualdad con-

Pero, por otro lado, al incorporarse los pliegos al contrato no rige el principio de autonomía de la voluntad propio de los contratos civiles que pueden ser modificados en cualquier momento por acuerdo de partes. En efecto, no obstante, que su inalterabilidad sea relativa, no son susceptibles, en principio, de modificación, salvo las causales de excepción que admite el derecho administrativo. Es ésta una importante diferencia que se da entre los contratos privados y los contratos administrativos que por sí sola justifica la configuración de una categoría diferenciada y el régimen típico que la acompaña⁽³³⁾.

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica que corresponde asignar a los pliegos posee, como veremos en el apartado siguiente, suma trascendencia a la hora tanto de interpretar el poder de modificación o derogación que posee la Administración como el régimen que regula su impugnación.

V. LA MODIFICACIÓN DE LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES. REMISIÓN

La posibilidad o no de modificar los términos de los pliegos de bases y condiciones es una de las cuestiones más debatidas y que más dificultades presente en la práctica y, como se ha visto, está asociada a la cuestión de la naturaleza que se asigne a dichos instrumentos.

En relación a este tema, en efecto, se deriva una significativa conclusión de la distinción entre las disposiciones de contenido contractual y las de contenido reglamentario. En relación a las

sagradas por los arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional" (*in re* Martín, Estela Delia Correa de c. Universidad Nacional de San Juan" 10/12/1992, publicada en Revista del Régimen de la Administración Pública, año XV, N° 175, p. 149). De dicha jurisprudencia, dice Cassagne, se desprende que la atribución del carácter reglamentario de los pliegos se refiere a las etapas previas a la adjudicación en cuanto ellas garantizan la publicidad, la competencia o puja entre los oferentes y su vinculación con los principios de igualdad y del debido proceso adjetivo sin entrar al análisis de la integración de las cláusulas del pliego en el contrato administrativo.

(33) Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Los procedimientos...", cit., ps. 5 y ss.

primeras afirma Marienhoff que la Administración no pueden ser modificadas alterando su contenido después de producida la adjudicación, pues ello importaría una violación del contrato. Antes de la adjudicación y aún después de presentadas las ofertas, sostiene que los pliegos sí pueden ser modificados. Si la Administración puede dejar sin efecto la licitación, afirma, con más razón puede modificar los pliegos (quien puede lo más puede lo menos). Sin embargo, dice que esa modificación no será oponible ni obligatoria para los oferentes ya que el procedimiento se asemeja al supuesto en que la licitación es dejada sin efecto. Jurídicamente el caso debe considerarse como un nuevo llamado a licitación ya que los oferentes se presentaron considerando las condiciones establecidas en los pliegos primitivos. El caso se asemeja a Los oferentes pueden, entonces, retirar su oferta y garantías que hubieren entregado.

En relación a las cláusulas de los pliegos de carácter reglamentario, en cambio, no aunque integren el contrato, no podrían alterarse o dejarse sin efecto si ello importa un perjuicio económico para el oferente: en estos casos, dichas cláusulas son inalterables pues integran el bloque de legalidad, siendo protegido el oferente por los efectos de la irretroactividad del acto administrativo⁽³⁴⁾.

Finalmente, el pliego de condiciones particulares puede modificar parte del pliego de condiciones generales, siempre y cuando tal modificación no implique una violación del sistema jurídico. En caso de existir esa cláusula, la misma podría ser considerada como ilegal por parte de los oferentes, con las consecuencias (nulidades) consiguientes.

Más adelante analizaremos algunos casos representativos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que, de un modo u otro, se evidencia la aplicación de los principios antes señalados en la práctica.

(34) MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo...cit.*, n. 213.

VI. LAS CLASES DE PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES

La determinación de los medios de impugnación de los pliegos está sujeta, entre otras cuestiones, a la naturaleza que se les asigne ya que los medios de impugnación varían según se los considere actos de alcance particular o general. Ahora bien, la determinación de esa naturaleza es una cuestión que se discute en doctrina.

Hemos afirmado que se entiende por pliego de bases y condiciones, genéricamente, al documento elaborado por la Administración Pública en el cual está regulado el procedimiento de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate.

En ese concepto genérico, según la doctrina, deben distinguirse dos especies: el pliego de bases y condiciones generales que contiene las disposiciones relativas a todos los contratos de una misma clase (vgr. obra pública, suministro, etc.) o bien, en principio, a todos los contratos que celebra la Administración Pública y el pliego de bases y condiciones particulares que se refiere, por el contrario, a un contrato en particular, cierto y determinado (vgr. el contrato de suministro de víveres para una unidad militar durante el primer trimestre del año).

Comadira distingue que los pliegos de bases y condiciones son actos de alcance general normativo, es decir, reglamentos, en tanto regulan, con vocación de permanencia, una pluralidad de casos indeterminados, incorporándose así al ordenamiento, sin consumirse, por ende, con su aplicación, revistiendo esa condición todas las disposiciones del pliego general, sean las relativas a la selección, sean las que disciplinan el contrato, porque ambas clases de disposiciones están destinadas a regular todos los contratos⁽³⁵⁾.

Los pliegos de bases y condiciones particulares considera este autor que tanto las cláusulas relativas al procedimiento

(35) COMADIRA, JULIO R. y otros, *Curso de Derecho Administrativo...*, cit., p. 855.

de selección, como las específicamente regulatorias del contrato, revisten la calidad de generales no normativas, porque ambas clases de prescripciones son aplicables a una pluralidad, por los menos indeterminada, de personas (los potenciales oferentes) y se consumen con la sustanciación de la selección y el desarrollo del contrato.

Si bien la ley de procedimientos administrativos en el orden nacional 19.549⁽³⁶⁾ (LNPA) no distingue esa clase de actos, según el actor la distinción sí tiene utilidad práctica por cuanto del hecho que de los actos generales normativos o reglamentarios se incorporen al ordenamiento y los generales no normativos se agoten, en cambio, con su cumplimiento se deriva, por lo pronto, una diferencia esencial: los primeros condicionan todos los contratos de la misma especie que celebre la Administración y no es posible cambiar sus disposiciones de un contrato a otro, salvo derogación o modificación; los segundos, en cambio, más allá de su generalidad, son en el marco del pliego general, esencialmente mutables de un contrato a otro.

Dice el autor que, por eso, en principio, los pliegos particulares no pueden contradecir los generales; éstos, en efecto, tienen valor normativo; aquéllos no. La relación de contradicción entre un pliego particular y uno general, aunque ambos sean generales —en el sentido antes indicado—, no es un supuesto de derogación, sino simplemente, de incumplimiento del segundo por el primero.

La mencionada diferenciación entre los pliegos como se expuso, importa algunas distinciones materia impugnatoria como se expondrá en el apartado siguiente.

VII. LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

Los pliegos de bases y condiciones generales pueden impugnarse directamente por la vía prevista para los actos

(36) Ley 19.549 (27/4/1972) (LNPA).

administrativos de alcance general, esto es, en el orden nacional a través del reclamo previsto en el art. 24, inc. a) de la LNPA, tal como ha señalado la Procuración del Tesoro de la Nación⁽³⁷⁾.

La impugnación indirecta debe realizarse a través de los actos particulares de aplicación según el sistema recursivo previsto en la LNPA.

La doctrina ha destacado que al ser los pliegos verdaderos reglamentos, están amparados por la vía impugnatoria amplia, en el sentido de que la falta de impugnación directa de un acto de alcance general, o su desestimación, no impide la impugnación de los actos de aplicación individuales, del mismo modo que la falta de impugnación de los actos particulares de aplicación; del mismo modo que la falta de impugnación de éstos no obsta a la impugnación ulterior de aquél, sin perjuicio de los efectos propios de la firmeza de los actos de aplicación individuales⁽³⁸⁾.

Los pliegos de bases y condiciones particulares, en cambio, pueden ser impugnados por la vía recursiva prevista en la LNPA. Al respecto, recordemos que para la autorizada doctrina que señalamos en el apartado precedente que señala que estos pliegos son llamados particulares en razón de referirse a un cierto y determinado contrato, son actos de alcance general —en tanto están dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas— no normativos, porque no se incorporan al ordenamiento y se agotan con el cumplimiento del caso con-

(37) Dictámenes 210:137.

(38) Comadira afirma que el fundamento de esta idea radica en la necesidad de abrir posibilidades impugnatorias amplias, respecto de actos con fuerza normativa y capaces, por tanto, de irradiar un espectro ilimitado de ilegalidades (cfr. COMADIRA, JULIO y otros, *Curso de Derecho Administrativo...cit.*, ps. 785 y ss.). Por su parte, Cassagne realiza un análisis detenido de la jurisprudencia en materia de impugnaciones en sede administrativa y judicial y la aplicabilidad relativa de las concepciones del acto separable y del acto coligado en este tema (cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los procedimientos...op.cit.*, p. 10).

creto, que de considerar la distinción de éstos como actos generales de carácter normativo⁽³⁹⁾.

En ese entendimiento afirma que en principio lleva a considerar que estos pliegos están sujetos a los medios de impugnación directa e indirecta, propios de los actos generales, sin distinciones, resultantes de la LNPA y su reglamentación.

VIII. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Desde el inicio de las actuaciones administrativas hasta la finalización de la ejecución del contrato, la Administración debe sujetar su accionar a ciertos principios generales entre los que cabe mencionar por ejemplo los principios de razonabilidad del proyecto y eficiencia; promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferente; transparencia; publicidad; responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos e igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes⁽⁴⁰⁾.

Como vemos, los pliegos de bases y condiciones cumplen una función trascendental en el procedimiento de selección del contratista y además de los principios propios del procedimiento administrativo, en la actualidad también deben incorporarse otros principios que surgen como corolario del denominado Estado de derecho.

Por esa razón, puede afirmarse que, si en el marco del contrato administrativo confluyen simultáneamente relaciones de contribución, de distribución y de conmutación (que, en definitiva, constituyen las clásicas especies de la justicia)⁽⁴¹⁾,

(39) La distinción de actos generales normativos y no normativos no es receptada por la LNPA, sin perjuicio de lo cual la doctrina señalada en esta apartado aconseja su sostenimiento de la que derivan, según afirma, consecuencias prácticas.

(40) Conf. art. 3 del dec. 1023/2001.

(41) Al respecto ver CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los procedimientos...cit.*, ps. 5 y ss.

debe admitirse por lógica implicancia que los pliegos de bases y condiciones desempeñan en ese ámbito una función esencial como vehículos formales de concreción, soporte e instrumentación de los principios precitados.

Seguidamente repasaremos los principios que se vinculan con los pliegos de licitación a la luz de algunos precedentes jurisprudenciales representativos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. La tutela judicial efectiva y los pliegos de bases y condiciones

Afirmamos que los pliegos de bases de la licitación son instrumentos que cristalizan las condiciones y recaudos encargados de reflejar, desde el inicio del procedimiento licitatorio, los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que deben guiar el obrar administrativo. Es en los pliegos del llamado, afirma Gordillo, donde se comenten las verdaderas tropezas, los grandes costos del erario público, las grandes bases de la corrupción ulterior: lo demás es mera continuación de lo ya empezado mal⁽⁴²⁾.

El contenido de los pliegos se relaciona pues con el principio de la tutela administrativa efectiva por cuanto ellos aseguran —si están correctamente diseñados— la participación genuina y efectiva de los ciudadanos en las decisiones públicas y en la equitativa distribución de los fondos públicos. Por el contrario, la confección insuficiente, inconsulta, parcial, sesgada o dirigida de los pliegos es ilegal por resultar contraria a aquel principio.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de resalto este principio en materia contractual. En tal sentido, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la cau-

(42) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte General, Buenos Aires, FDA, 9^{na} ed., 2009, y t. 2., *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 8^a ed., 2006.

sa "Astorga Brachdt", declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la resolución 16/1999 del Comité Federal de Radiodifusión, que había aprobado el pliego de bases y condiciones generales y particulares de los llamados a concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia y disponía que quienes solicitaran la adjudicación de una estación debían desistir de manera total e incondicional de todos los recursos administrativos y judiciales que hubieran interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión y contra cualquier otro acto del organismo y de la Comisión de Comunicaciones.

Por su parte, el decreto 893/2012, que reglamenta el decreto 1023/2001, contiene disposiciones específicas con el objeto de facilitar la concurrencia, transparencia e igualdad de los interesados. En tal sentido, con el propósito de evitar el direccionamiento en la selección establece que las especificaciones técnicas de los pliegos de bases y condiciones particulares deben elaborarse de manera tal que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas (art. 45).

Además, en dirección a promover la mayor concurrencia, esta normativa dispone que los pliegos de bases y condiciones particulares deben estar comprendidos por renglones afines en la enunciación de los ítems (art. 46) y en los casos en que una misma convocatoria abarque un número importante de unidades pertenecientes al mismo ítem del Sistema de Identificación de Bienes y Servicios de Utilización Común [(cfr. Decisión Administrativa 344 (11/6/1997)], deben separarse en diferentes renglones⁽⁴³⁾.

(43) Ver los arts. 46 y 47 del decreto 893/2012. Allí se prevé también que la autoridad que tiene competencia para aprobar los pliegos particulares, puede apartarse de esta disposición por motivos debidamente justificados. En la misma dirección se dispone que el costo de los pliegos será sólo el de reproducción de los mismos, el que deberá ser establecida en la convocatoria y la suma abonada en tal concepto no será devuelta en ningún caso.

2. El principio de legalidad y los pliegos de licitación

Los pliegos de bases y condiciones, como cualquier otra manifestación de la voluntad estatal que influya en la esfera jurídica de los particulares, debe manifestarse acorde con la normativa de rango superior. Resulta una obviedad recordar que la Constitución Nacional, las leyes y los principios que de ella emanan no pueden ser vulnerados ni por el Congreso, ni por los jueces ni por ningún otro poder nacional, provincial o municipal. Es decir, los pliegos deben cumplir, como toda actuación de la Administración con el denominado principio de legalidad⁽⁴⁴⁾.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como dijimos, se refirió a los pliegos vinculándolos como la ley a la que deben someterse los contratantes. En tal sentido, por ejemplo, en la causa "Centrales Térmicas Patagónicas"⁽⁴⁵⁾, señaló que:

"la ley de licitación o la 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 correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo"⁽⁴⁶⁾.

En el mismo sentido y como corolario de este principio, en la causa "Hotel Internacional Iguazú", entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que⁽⁴⁷⁾:

(44) También llamado por autorizada doctrina principio de juridicidad. Al respecto ver SESIN, DOMINGO J., *El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen: XLV, 35 a 81.

(45) "Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c. Estado Nacional (M° de Economía y Obr. y Serv. Publ.)" (13/7/2010).

(46) En el mismo sentido, ver "Radeljak, Juan C. c. Administración Gral. de Puertos", 29/12/1988, LA LEY, 1990-C, 1. También, entre otras, "Robles S.A., Vicente c. Estado nacional - Servicio Nacional de Parques Nacionales, 30/3/1993", LA LEY, 1993-E, 402. Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo, Julio Rodolfo Comadira, 881, Fallos: 316:382.

(47) "Hotel Internacional Iguazú, S.A. c. Gobierno Nacional", (22/4/1986), Fallos: 308:618.

"El silencio de la administración es una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo de acuerdo a normas del Código Civil y art. 10 de la ley 19.549 (Adla, XXXIX-C, 2339). La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es contraria para el derecho del concesionario".

"El procedimiento regla en la manifestación de la voluntad contractual administrativa, es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado y la fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante y de lo contrario, la oferta debe ser rechazada, pues la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad".

3. El principio de transparencia y los pliegos

La contratación pública debe desarrollarse en todas sus etapas en un contexto de transparencia, la que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas.

En forma concordante y como una concreción de ese principio, se prevé también el principio de participación, es decir, la posibilidad de realizar observaciones al proyecto de pliego y la previsión de normas anticorrupción y de resguardo de requerimientos éticos que deben imperar en todo el trámite administrativo.

En tal sentido, el dec. 893/2012 contiene disposiciones tendientes a asegurar la mayor publicidad y difusión de la convo-

catoria⁽⁴⁸⁾; la vista y el retiro de los pliegos y las consultas que formulan los interesados⁽⁴⁹⁾.

4. La participación ciudadana en la elaboración de los pliegos

La Administración está facultada, una vez que cuenta con la existencia del crédito legal, para iniciar las distintas etapas de la licitación siendo, una de las primeras, la elaboración de los pliegos de condiciones que servirán de base para la confección de las propuestas.

Este proceso, inicialmente, tiene carácter interno aun cuando genera luego la posibilidad de producir relaciones fuera de la Administración, después de su publicación. Sin perjuicio de ello, en el mismo proceso de elaboración puede darse intervención a la participación ciudadana, apartándose de las prácticas en las que se veía esa etapa con un proceso puramente interno.

En ese sentido, se establecen por ejemplo procedimientos de participación pública en la conformación de los pliegos, lo cual se considera que ayuda para lograr los cometidos referidos en el párrafo precedente. Además de receptar las inquietudes, propuestas, puntos de vista y/o hasta los enfoques diversos y objeciones que los pliegos por parte de la ciudadanía.

La calidad que revistan los pliegos se vincula entonces con cuestiones tales, por ejemplo, la participación de la ciudadanía en el proceso de redacción y confección. De esta manera, una de las claves para el desarrollo transparente, eficiente y

(48) Así lo requiere el art. 9 del decreto 1023/2001. Del mismo modo, el art. 12 de esa norma prevé el deber de publicidad y difusión de la convocatoria, no sólo en los medios tradicionales de publicidad de los actos de gobierno sino también mediante internet

(49) Al respecto, ver los arts. 59, 60 y 61 del dec. 893/2012 en los que se dispone que el organismo contratante podrá elaborar circulares aclaratorias o modificatorias al pliego de bases y condiciones particulares, de oficio o como respuesta a consultas. Asimismo, se establecen normas de competencia, procedimiento, notificación, entre otras, en resguardo del principio de igualdad.

eficaz de los procedimientos licitatorios es que los pliegos de bases y condiciones sean elaborados correctamente, no sólo desde el punto de vista legal sino también en lo que respecta a la materia técnica de la que traten, debiendo ser claros, concretos y no estar orientados a beneficiar a algunos de los posibles oferentes.

5. El procedimiento previo al dictado del acto (art. 7 LNPA) y los pliegos de condiciones

La normativa nacional e internacional contiene previsiones respecto a la necesidad de implementar normas y previsiones que aseguren la participación de la ciudadanía en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones⁽⁵⁰⁾ los cuales constituyen recaudos formales esenciales y previas al dictado del acto administrativo en los términos del inc. d) del art. 7 de la LPA.

En tal sentido, el art. 8 del dec. 1023/2001 dispone que cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado debe prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación.

El decreto prevé una etapa de observaciones al proyecto de los pliegos con el fin de recabar opiniones sobre su

(50) En relación a este tema puede verse el trabajo, en el que consta una propuesta normativa para la provincia de Mendoza en TALAMONTI BALDASARRE, BERNARDO, *Participación ciudadana en la elaboración de pliegos licitatorios: una propuesta para Mendoza*, LL Gran Cuyo 2012 (julio), 580. El autor plantea que corresponde reglamentar el procedimiento de selección de contratistas en el ámbito de Mendoza, teniendo en consideración el derecho comparado, con incorporación de ciertos postulados, actualizándolo a la realidad de vigente en la Provincia. Esto evitaría, dice el autor, continuar con el uso de normas anacrónicas y con vacíos legales que lo único que provocan son dudas en su interpretación, desigualdades en su aplicación, con las consecuentes faltas de transparencia, causándole un daño al Estado puesto que muchas veces no se selecciona -por diversos motivos, aunque el procedimental y normativo es uno clave. la oferta más conveniente para el Estado.

contenido. Concluida esta etapa preliminar, el organismo contratante debe elaborar el pliego de bases y condiciones particulares definitivo conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos que a su juicio correspondan, teniendo en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que las considere pertinentes a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios de igualdad entre interesados, de promoción de la concurrencia, de la competencia, de la transparencia y de la ética.

Por esa razón, se establece que el acto administrativo que apruebe el pliego definitivo deberá efectuar una evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas.

Es evidente que se procura que aplicando este mecanismo para la elaboración del pliego se podrá lograr mayor precisión y claridad en el plexo de reglas que rija la licitación, a la vez se evitarán defectos técnicos en su elaboración, como así también se imposibilitará que los pliegos estén orientados, y se ahorrará tiempo al evitarse en la práctica impugnaciones o consultas aclaratorias de los pliegos definitivos.

6. El principio de igualdad. Interpretación de las palabras y expresiones de los pliegos

Los términos de los pliegos deben ser interpretados en forma restringida o estricta como consecuencia del principio de igualdad que rige el trámite de la licitación. Es que, como enseña Marienhoff, los términos y expresiones de los pliegos traducen la sustancia del contrato: ponen de manifiesto su contenido u objeto, revelando lo esencial de las prestaciones a cargo de las partes contratantes. Por esa razón, dichos términos y expresiones no pueden ser modificarse —ampliándose o restringiéndose— por vía de aclaratoria después de efectuada la adjudicación y a pedido del favorecido por ésta. Lo contrario podría quebrar el principio de igualdad.

Por otra parte, determinar si se ha quebrado en un caso concreto el principio de igualdad es una cuestión de hecho, que debe resolverse en cada supuesto⁽⁵¹⁾. En tal sentido y para ver cómo se presenta la igualdad en la práctica, remitimos al análisis jurisprudencial que se realiza más adelante.

7. La renegociación de los contratos ¿rompe con el principio de igualdad? Remisión

En relación al principio de igualdad se suscita una situación que tiene relevancia actual con motivo de la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos que dispuso la ley de emergencia 25.561 y su reglamentación⁽⁵²⁾. Al respecto, es posible indagar si la renegociación contractual afecta la igualdad que debe regir entre los competidores de la licitación y, en su caso, de qué manera.

Si bien el tema será abordado con mayor detenimiento más adelante, basta decir aquí que el criterio es, según la doctrina, que no resultaría afectada la igualdad, si después de celebrado el contrato administrativo resulta que por circunstancias de emergencia sobreviniente debidamente justificadas llevan a revisar la situación y/o el estado en los que se encuentra la ejecución o grado de cumplimiento del contrato administrativo en un momento determinado. En tal sentido y dada la excepcional circunstancia de una situación de emergencia que justifique el volver a ver el contrato, en nada se perjudicarían los otros proponentes pues cualquiera de ellos hubiere gana-

(51) La doctrina se ha encargado de exponer diferentes criterios y/o circunstancias en las cuales, según entiende, pueden afectar la igualdad entre los proponentes de una licitación. En tal sentido, Marienhoff explica en qué contextos puede vulnerarse la igualdad del proceso licitatorio (MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo...* cit. p. 203). Al respecto, también puede verse el trabajo de COMADIRA JULIO y otros, *Curso de Derecho Administrativo...* cit., p. 785).

(52) POZO GOWLAND, HÉCTOR, "Los servicios públicos. La renegociación de sus contratos", E.D. Suplemento de Derecho Administrativo del 31/8/2004. En el mismo sentido, ver Fundación de Investigaciones Latinoamericanas, FIEL, la regulación de la competencia y los servicios públicos, capítulo "Federalismo Regulatorio", ps. 605/634.

do la licitación, también habría tenido que recurrir a esta misma solución para afrontar las consecuencias de aquella situación especial⁽⁵³⁾.

Sin perjuicio de la afirmación anterior, es posible afirmar sin embargo que la problemática referida a la renegociación es tan profunda y compleja y se suscitan modificaciones de naturaleza tal que, probablemente, ellas obsten a una solución lineal y unívoca; por lo que habrá que verse en cada caso y según el tipo de cláusula y/o materia de que se trate, su incidencia con los principios analizados.

Por otra parte, en relación a esta temática, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Telecom Argentina"⁽⁵⁴⁾ ha señalado que "La profunda transformación de la realidad económica vigente al momento de la sanción de la ley 25.561 permite concluir que la tarifa del servicio básico de telefonía fija no quedó ceñida con exclusividad a las condiciones del pliego y el contrato de transferencia, que permitían que el incremento de la carga tributaria de la licenciataria se traslade a la tarifa sin aprobación previa —cláusula de estabilidad impositiva—, sino que debió sujetarse también a la renegociación contractual impuesta por esa norma y sus complementarias".

IX. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA. EL MARCO LEGAL DE LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES

El régimen de contrataciones de nuestro país se integra por el dec. 1023/2001, el dec. 893/2012 y un conjunto de reglamentaciones que se refieren a la temática. Los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional poseen, por cierto, disposiciones que inciden en la cuestión. Al respecto y en

(53) La situación de la renegociación de los contratos de derecho público es, a mi modo de ver, asimilable al supuesto de la necesidad de recurrir a la llamada teoría de la imprevisión en los contratos administrativos, tal como señala MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 206.

(54) "Telecom Argentina Stet France - Telecom S.A. c. E.N.A. s/acción declarativa de certeza (30/10/2012)".

lo que aquí interesa, repasaremos algunos de esos Tratados e instrumentos en la medida en inciden en los pliegos de bases y condiciones y, más concretamente, en relación a los principios que hemos mencionado (tales como, por ejemplo, los de anticorrupción, publicidad, participación previa a la elaboración de las normas, etc.).

1. Informe en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción

El informe presentado por la República Argentina en la Quinta Reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁽⁵⁵⁾ llevada a cabo en Washington DC del 2 al 6 de febrero de 2004 contiene significativas consideraciones en relación a los pliegos de la licitación.

En el capítulo III (punto C) de tal informe se hace expresa mención a las irregularidades en la confección de pliegos, refiriéndose que no existen modelos estándar ni normas detalladas para la elaboración de los pliegos y que entre los medios individual/institucionales se han observado la confección de pliegos de base con especificaciones técnicas que aunque cumplan con los requisitos formales, están confeccionados de modo de excluir la competencia.

En el Capítulo IV (Punto C: elaboración de pliegos y publicidad) se indica que la Oficina Anticorrupción prestó colaboración en diversos procedimientos licitatorios logrando los objetivos de transparencia, eficiencia y eficacia en su desarrollo, citando como caso virtuoso paradigmático la contratación de la medición de la plataforma continental.

En el informe se hace referencia a que se ha tenido la oportunidad de asesorar en la confección del pliego, mediante la publicación del pre-pliego, recibiendo la opinión de los

(55) Este informe puede encontrarse en el sitio web de la Organización de los Estados Americanos: www.oas.org.

posibles oferentes y constituyendo un instrumento definitivo ampliamente consensuado y con reglas claras, transparentes y objetivas.

2. Reglamento general para la elaboración participativa de normas

En relación a la participación ciudadana previo al dictado de una norma de alcance general existen diversas normas en nuestro ordenamiento. En tal sentido, inicialmente cabe mencionar el Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas, el cual constituye el anexo V del dec. 1172/2003 ("Acceso a la Información Pública")⁽⁵⁶⁾.

El citado Reglamento General surge que no resulta obligatorio su uso, quedando sujeto a la discrecionalidad de la autoridad competente, no siendo tampoco vinculante las propuestas que el público interesado vierta sobre los proyectos de norma. Las materias para las cuales podría utilizarse el procedimiento no aparecen establecidas, por lo que su aplicación a los diversos temas quedará también determinada por la discrecionalidad de la Administración, puesto que tampoco se precisan supuestos excluidos.

Entonces, nada impediría que ese régimen normativo se aplique en el ámbito nacional para la confección de los pliegos licitatorios y que esa norma sirva como modelo —a adecuarse— para establecer un régimen general que rija en el ámbito provincial tal aspecto clave de las licitaciones.

(56) La doctrina ha destacado que el procedimiento previsto en el decreto 1172/2003 (BO 4/12/2003) es similar al informal *rulemaking* (*notice-and-comment procedure*), regulado por la Ley Federal de Procedimientos Administrativos de Estados Unidos de Norteamérica, a partir de la Sección 553 A.P.A. (*Administrative Procedure Act*) (cfr. TALAMONTI BALDASARRE, BERNARDO, *Participación ciudadana...* cit., 580). Es así que, dice el autor, la normativa nacional e internacional por él referida, podría ser buen modelo a tener en cuenta para la elaboración de una norma provincial como la que se propicia, sino también ciertos elementos —adecuados a la realidad provincial— extraídos de las normas estadounidenses referidas podrían servir de norte para tal efecto.

3. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional⁽⁵⁷⁾

El decreto 1023/2001 aprueba el denominado "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" que es de aplicación a todas los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8° de la Ley 24.156.

Las contrataciones públicas se rigen por las disposiciones del mencionado régimen, por su reglamentación, por las normas que se dicten en su consecuencia, por los Pliegos de Bases y Condiciones y por el contrato o la orden de compra según corresponda.

Los deberes, facultades y obligaciones de la Administración y de los co-contratantes son los que surgen del mismo régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual.

El sistema de contrataciones se organiza en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa. En ese marco, la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), como órgano rector del sistema, tiene la función de proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el régimen.

A lo largo de este trabajo se hace referencia a las previsiones de este decreto en relación a los diferentes aspectos y cuestiones que involucran a los pliegos de condiciones de la licitación, a las que remitimos por razones de brevedad.

(57) Dec. 1023/2001 (B.O. del 16/5/2001).

4. El dec. 893/2012⁽⁵⁸⁾

El dec. 893/2012 aprueba la reglamentación del dec. 1023 y, al mismo tiempo, deroga el dec. 436 de fecha 30/5/2000 y una significativa cantidad de disposiciones vinculadas al mismo que, hasta ese momento, constituían el régimen de contrataciones de la Administración. Por otra parte, el dec. 893/2012 delega en la ONC las facultades de interpretación y aclaración del Reglamento aprobado, aclarándose que las mismas deben instrumentarse a través de disposiciones que serán publicadas en el B.O. y difundidas en la página web del aludido órgano rector.

El decreto prevé, como hemos visto, una etapa de observaciones al proyecto de los pliegos con el fin de recabar opiniones respecto de su contenido.

También se establece que el pliego único de bases y condiciones generales deben ser aprobados por la ONC, y será de utilización obligatoria por parte de las jurisdicciones y entidades contratantes (art. 42). En cambio, los pliegos de bases y condiciones particulares deben ser elaborados para cada procedimiento de selección, por las respectivas unidades operativas de contrataciones de las jurisdicciones y entidades contratantes sobre la base de los pedidos efectuados por las unidades requirentes y deben ser aprobados por la autoridad que fuera competente según el caso.

Los pliegos deben contener las especificaciones técnicas, las cláusulas particulares y los requisitos mínimos que debe indicar el pliego único de bases y condiciones generales. No obstante, la ONC puede elaborar modelos de pliegos particulares para determinados objetos contractuales específicos, los que son de utilización obligatoria para las entidades contratantes que la ONC determine.

Asimismo, la Jefatura de Gabinete de Ministros puede establecer criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio

(58) Dec. 893/2012 (B.O. del 14/6/2012).

para las entidades contratantes, con el propósito de desarrollar políticas públicas que tiendan a fomentar o promover el bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión social de sectores vulnerables, entre otros.

5. Resolución 281/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación

Es relevante hacer referencia, asimismo, a la Resolución 281/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación que aprobó el "Instructivo para la Transparencia de las Contrataciones de Bienes y Servicios del citado Ministerio" (Anexo I), en el cual se establece también que los proyectos de Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y Especificaciones Técnicas deberán someterse a consulta pública para la recepción de observaciones y sugerencias, mediante su publicación en el sitio de Internet de este Ministerio⁽⁵⁹⁾.

Este reglamento ministerial —para los supuestos contemplados: contrataciones superiores a ciertos montos— expresamente dispone que no podrán aprobarse los pliegos que no hayan sido sometidos al procedimiento de consulta previsto, y que el pliego que regirá el procedimiento de contratación será el que se apruebe una vez finalizadas las publicaciones y respondidas las observaciones o comentarios recibidos, exigiendo que las observaciones y aclaraciones del proyecto sean necesariamente consideradas, fundadamente rechazadas o contestadas respectivamente.

(59) La citada resolución guarda similitud, como ha puesto de resalto la doctrina, con el rulemaking estadounidense en lo que respecta a que el procedimiento, comunicaciones y envío de observaciones se concretan vía Internet, mediante un formulario que a tal efecto se habilitará en la web del Ministerio.

X. JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES. DIVERSOS SUPUESTOS

Tal es la importancia de los pliegos de bases y condiciones en la vinculación contractual de la Administración con terceros que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hilvana en gran parte su doctrina sobre el contrato administrativo en torno a los conflictos suscitados tanto en la diferente interpretación de los términos y expresiones de los pliegos de licitación como así también otras controversias surgidas del cotejo entre el contenido de los pliegos y el de otros instrumentos de la licitación (por ejemplo: la ley, un reglamento o el mismo contrato celebrado).

En tal sentido, cabe mencionar los siguientes fallos emanados del Máximo Tribunal en los que, de una manera u otra, se ha hecho referencia a los pliegos de bases y condiciones para fundamentar las respectivas resoluciones recaídas en tales precedentes.

1. "Constructora Schmidt c. Provincia de Mendoza" (1937)⁽⁶⁰⁾

En este recordado caso una empresa constructora —que había suscripto un contrato de obra pública con la Provincia de Mendoza— demandó a la Provincia por cobro de pesos ante la suspensión total de los pagos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, apartándose de los pronunciamientos de las instancias anteriores, declaró la nulidad del contrato pues consideró que sus términos se habían apartado de las condiciones establecidas en los pliegos de bases de la licitación.

Argumentó que el contrato suscripto de modo irregular con una empresa cuya propuesta contenía una modificación sustancial al pliego de bases y condiciones —en el caso, la

(60) "Sociedad Anónima Empresa Constructora F. H. Schmidt c. Provincia de Mendoza", (24/11/1937), Fallos: 179:249.

cláusula disponía que la mora en el pago de las planillas de construcción, autorizaba al contratista a suspender la obra, incurriendo el gobierno en una multa diaria y que no era conocida por los otros interesados—, rompía con la igualdad entre los licitantes.

En consecuencia, para la Corte la licitación se realizó en condiciones anormales, no debió aprobarse, y menos aún adjudicándose la obra a una empresa. La inclusión de una modificación importante que no es conocida por los demás interesados importaba falsear las bases del acto y desvirtuar toda su eficacia como procedimiento de garantía para el interés público.

2. "Compañía Avellaneda de Transportes S.A. c. Gobierno Nacional" (1974)⁽⁶¹⁾

La Corte Suprema de Justicia, confirmando el fallo de la cámara, consideró improcedente la pretensión del concesionario de una línea de trolebuses en cuanto al resarcimiento de los daños que le habría ocasionado la insuficiencia de la tarifa fijada en las bases de la licitación, tanto durante el período de preadjudicación estipulado como posteriormente, por el lapso que continuó prestando el servicio.

La razón que fundamentó dicho pronunciamiento, en síntesis, consistió en que si el reclamante había aceptado dichas tarifas en el pliego de bases de la licitación, sin invocar la citada insuficiencia al vencer el plazo de preadjudicación ni recurrir por las nuevas tarifas establecidas posteriormente, no podía reclamar daños y perjuicios al respecto. Es decir, había habido una aceptación tácita de las condiciones establecidas en el pliego de condiciones por parte del oferente.

(61) "Compañía Avellaneda de Transportes S.A. c. Gobierno Nacional" (20/9/1974), Fallos: 289:462.

3. "Hotel Internacional Iguazú, S. A. c. Gobierno Nacional" (1986)⁽⁶²⁾

Hotel Internacional Iguazú S.A., como adjudicataria de una licitación, reclamó al Estado el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por la accionada, conforme las condiciones estipuladas al presentar la oferta pero que, según señala la sentencia de la Corte Suprema, no habían sido aceptadas por la demandada.

El Máximo Tribunal consideró que, aun en la hipótesis de estimar acreditados la presentación y contenido de la nota de aclaraciones y reservas que la actora alega haber acompañado a su propuesta en la licitación, ella sólo exteriorizaría la voluntad del oferente en cuanto a las precisiones que debían incluirse en el contrato y ser expresamente aceptadas en la adjudicación, lo que no ocurrió, según lo evidencian los términos del decreto respectivo y los del contrato firmado con posterioridad.

4. "Radeljak, Juan C. c. Administración Gral. de Puertos" (1998)⁽⁶³⁾

En este caso, la CSJN interpretó que la ley de la 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 correspondan y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo.

En particular, enfatizó que el contrato se había suscripto sin reservas y que la ley que disponía el tributo - que la actora

(62) "Hotel Internacional Iguazú, S. A. c. Gobierno Nacional", (22/4/1986), Fallos: 308:618.

(63) "Radeljak, Juan C. c. Administración Gral. de Puertos", (29/12/1988), Fallos: 311:2831.

entendía que no correspondía aplicable - ya se encontraba vigente a esa fecha (aunque aquella no se encontraba reglamentada al momento de realizarse la oferta), razón por la cual la actora no padecía los perjuicios que invocaba.

5. "Copimex C.A.C. e I.S.A. c. Alesia S.A.C.I.F. y A.G." (1991)⁽⁶⁴⁾

La particularidad que tiene este caso reside en que el subcontratista de una obra pública demandó a la contratista de la misma, con el fin de obtener el pago de la cláusula penal en concepto de indemnización por incumplimiento del contrato prevista en un acuerdo precontractual.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia —confirmando el fallo de la instancia anterior— señaló que toda vez que la Administración había denegado la autorización para subcontratar parte de las obras, el contrato de subcontratación firmado por las partes debía ser tenido como resuelto por el cumplimiento de una condición resolutoria a la que estaba sometida su vigencia definitiva, la cual surgía del pliego de bases y condiciones, de la ley 13.064 y de la razón de ser misma de la licitación. En consecuencia y con fundamento en las previsiones del pliego, correspondía rechazar el reclamo de la contratista.

6. "Camtral S.A. c. Ferrocarriles Argentinos S.A." (1992)⁽⁶⁵⁾

En el caso "Camtral" la actora cuestionó la constitucionalidad de la resolución H 888/1977 de la Secretaría de Hacienda que, según señaló en la demanda, obstaba el fiel cumplimiento del régimen de actualización de precios al tenía derecho por aplicación de la ley 21.391⁽⁶⁶⁾.

(64) "Copimex C.A.C. e I.S.A. c. Alesia S.A.C.I.F. y A.G.", (27/8/1991), Fallos: 314:899.

(65) "Camtral S.A. c. Ferrocarriles Argentinos S.A.", (17/11/1992), Fallos: 315:2698.

(66) En concreto y tal como surge del consid. 4º de este fallo, los agravios de la recurrente se dirigieron a demostrar, en lo esencial, que la resolución (h.)

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, ratificando la sentencia de la instancia anterior, concluyó que precitada la resolución (H) 888/1977 integraba el complejo normativo al que se había sometido la contratista, si surgía del pliego de condiciones particulares, que el contrato de suministro que unía a las partes debía regirse, en materia de actualización de precios, por la ley 21.391, por lo que las resoluciones internas de la contratante, Ferrocarriles Argentinos, incompatibles con ella, debían reputarse modificadas⁽⁶⁷⁾.

7. "Robles S.A., Vicente c. Estado nacional - Servicio Nacional de Parques Nacionales" (1993)⁽⁶⁸⁾

La mención del caso "Robles" es de particular interés en este desarrollo jurisprudencial no sólo porque el tema en discusión se vincula aquí directamente con la interpretación que corresponde asignar a los pliegos de la licitación sino también por el diferente abordaje hermenéutico que realizan el voto de la mayoría y el pronunciamiento minoritario al respecto.

El objeto de la controversia versó sobre el destino que debía darse a los edificios construidos por la demandante al concluir el contrato de concesión celebrado por las partes. En tanto la actora sostenía que para obtener su transferencia el Estado debía abonar el precio que se determine de acuerdo con lo oportunamente pactado, el demandado alegaba que el referido traspaso debía operarse sin cargo alguno.

888/1977 no era aplicable al contrato que unía a las partes y que mediante su sanción, la Secretaría de Hacienda había incurrido en un exceso reglamentario que chocaba con los arts. 17 y 28 y concordantes de la CN, en tanto resultaba incompatible con el art. 2º, inc. a, de la ley 21.391, al disponer la caducidad de un derecho a la actualización que la ley garantizaba sin distinguir entre el plazo para la recepción de la mercadería y el establecido para la actualización.

(67) Ver consid. 5º y 6º del fallo en comentario.

(68) "Robles S.A., Vicente c. Estado nacional - Servicio Nacional de Parques Nacionales" (30/3/1993), Fallos: 316:382.

Al respecto, el voto mayoritario señaló que interpretando los pliegos y la documentación de la licitación surgía que los bienes debían traspasar gratuitamente al Estado. Para la minoría, en cambio, debía abonarse el precio correspondiente. Dada la importancia de los argumentos y consideraciones expuestas, nos detendremos en los principales argumentos de cada posición más adelante.

8. "Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos" (1993)⁽⁶⁹⁾

Se rechazó en esta causa la demanda de daños y perjuicios interpuesta por Espacio S.A. contra Ferrocarriles Argentinos por cuanto, según entendía la actora, se había desconocido su derecho a las franquicias impositivas previstas en el pliego de bases y condiciones.

En este precedente, en efecto, teniendo en cuenta lo dispuesto en las cláusulas del contrato celebrado, relativo a la construcción de la actual estación "Aristóbulo del Valle", del Ferrocarril General Belgrano y de los locales comerciales anexos, la contratista fue obligada al pago impositivo por entender que no gozaba de esa exención de acuerdo a lo dispuesto por el art. 11 de la ley 15.273, que requería a esos fines que la obra fuera declarada de interés nacional por el Poder Ejecutivo.

En virtud del principio de legalidad, dijo la Corte Suprema de Justicia, es inadmisibles que por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos generales de bases y condiciones, prevalezcan sobre lo dispuesto en normas de rango legal, por lo que la cláusula contenida en las bases del llamado, en cuanto importaba reconocer de modo p^uro y simple, el derecho de la contratista a gozar de franquicias impositivas, resultaba inválida en la medida en que el art. 11 de la ley 15.273 requería la citada declaración del PEN.

(69) "Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos" (22/12/1993), Fallos:316:3157.

9. "El Rincón de los Artistas S.R.L. c. Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro" (2003)⁽⁷⁰⁾

El precedente "Rincón de los Artistas" reviste importancia no sólo porque, además de rechazar el reclamo de la actora, hizo lugar a la demanda de lesividad interpuesta por la demandada con fundamento en la omisión de llevar a cabo los procedimientos exigidos por la ley para este tipo de contratación de que se trataba⁽⁷¹⁾.

En relación al tema bajo estudio destacó que el ente licitante no puede insertar cláusulas que no respetan las disposiciones vigentes en las bases del llamado a licitación —en el caso, se declaró nula la adjudicación del servicio de comedor de un hospital público con encargo al adjudicatario de construir una obra para su prestación bajo el sistema de anticresis, no habiéndose dado intervención a la Administración General de Inmuebles Fiscales—, pues los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, desplazando la plena vigencia de la autonomía de la voluntad.

(70) "El Rincón de los Artistas S.R.L. c. Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro" (30/9/2003); Fallos: 326:3700.

(71) La Corte Suprema confirmó la resolución de Cámara que había rechazado la demanda interpuesta por el concesionario del servicio de comedor de un hospital público, ante la invalidación en sede administrativa de la licitación practicada y el llamado a una nueva. En cambio, se acogió favorablemente la acción de lesividad interpuesta por el ente demandado.

Son nulos de nulidad absoluta los actos del director interino de un hospital público de llamado a licitación pública y adjudicación de la concesión del servicio de comedor, con encargo al adjudicatario de construir una obra para su prestación bajo el sistema de anticresis, ya que no dio intervención a la Administración General de Inmueble Fiscales, la que reviste carácter obligatorio —art. 51, dec. 2045/1980 (Adla, XL-D, 4114)—, pues si bien aquel funcionario está facultado para disponer de los bienes raíces del hospital, debe hacerlo con ajuste a las disposiciones pertinentes —art. 4º, inc. a), ley 19.337 (Adla, XXXI-C, 3027)—, adoleciendo sus resoluciones de vicios de competencia y procedimiento.

10. "Contipel Catamarca S.A. c. Banco de la Nación Argentina" (2003)⁽⁷²⁾

El adjudicatario de una licitación para suministrar libretas de certificados de depósitos a plazo fijo del Banco de la Nación Argentina, entabla acción de cumplimiento de contrato y reparación ante la negación de la contraprestación pese haber faltado a un requerimiento de impresión previsto en el pliego. En este último se previó que la misma debía realizarse "Por sistema offset, en microletra de tipografía mayúscula, cuyo texto será Banco de la Nación Argentina en forma lineal y continua sin espacios en blanco. La tonalidad del fondo deberá ser uniforme en toda la superficie, sin efecto de ráfaga".

Ante la omisión de cumplir con el recaudo exigido expresamente en las condiciones de la licitación —ausencia del "efecto ráfaga" en los formularios— la Corte Suprema de Justicia, confirmando las instancias anteriores, entendió que el cumplimiento de la prestación no se ajustó a las exigencias del pliego de condiciones, pues no actuó con el cuidado que le demandaba la ejecución de la prestación adjudicada —arts. 512, 902 y 929, Cód. Civil—, máxime si por su trayectoria y experiencia en el mercado le era exigible una mayor prudencia.

11. "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comité Federal de Radiodifusión" (2004)⁽⁷³⁾

En este renombrado precedente el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la res. 16/1999 del Comité Federal de Radiodifusión, que había aprobado el pliego de bases y condiciones generales y particulares de los llamados a concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia y disponía que quienes solicitaran la adjudicación de una estación de-

(72) "Contipel Catamarca S.A. c. Banco de la Nación Argentina" (28/10/2003), Fallos: 326:4328.

(73) "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comité Federal de Radiodifusión", (14/10/2004)

bían desistir de manera total e incondicional de todos los recursos administrativos y judiciales que hubieren interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión y contra cualquier otro acto del organismo y de la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Para resolver de este modo la Corte Suprema consideró que la precitada disposición contenida en los pliegos de bases de la licitación violaba el art. 18 de la CN y las convenciones internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva. Enfatizó que, en los términos generales en que había sido redactado, restringía de modo ilegítimo y arbitrario la posibilidad de que los particulares que pretendían participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión impugnaran cualquier resolución administrativa de ese organismo y de la Comisión Nacional de Comunicaciones vinculada al servicio en cuestión, en contradicción a la garantía de la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante tribunales de justicia y autoridades administrativas y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes.

12. "Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A." (2007)⁽⁷⁴⁾

En este pronunciamiento se ratificó el criterio según el cual a fin de habilitar la competencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas para entender en todos los conflictos relacionados con la interpretación y aplicación de la ley 13.064 en un contrato de obra pública, debe mediar una cláusula o un compromiso arbitral, en el pliego de condiciones generales y especiales del contrato u otro acuerdo entre partes.

(74) "Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A." (8/5/2007), Fallos: 330:2215.

13. "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c. Construcciones SADDEMI S.A." (2008)⁽⁷⁵⁾

En esta causa la CSJN, a partir de una interpretación integral de los pliegos de condiciones, admitió una demanda de YPF en contra de una empresa constructora, reclamando el reconocimiento y pago del precio de la nueva obra cuya realización debió encomendar a un tercero, en tanto la que había realizado la demandada no resultó apta para su destino⁽⁷⁶⁾.

En efecto, para dejar sin efecto la sentencia de la Cámara, la CSJN entendió que correspondía interpretar integralmente las cláusulas del pliego, tanto las que atribuían responsabilidad a la contratista por la confección del proyecto de obra como aquéllas que daban cuenta de las condiciones en que se encontraba el terreno al momento de licitar, por lo que cabía hacer lugar a la demanda por la cual YPF, como concedente de una obra pública, había demandado a la contratista por el reconocimiento y pago del precio de la nueva obra cuya realización debió encomendar a un tercero por no haber resultado la primera apta para su destino.

14. "Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c. Estado Nacional (M° de Economía y Obr. y Serv. Publ.)" (2010)⁽⁷⁷⁾

En este caso la empresa actora reclamaba la nulidad de ciertas disposiciones normativas que, según ella, eran derogadas por otras normas posteriores. Concretamente, solicitaba la nulidad del art. 36 de la res. 105/1995 de la Secretaría de Energía, en cuanto dispuso derogar el art. 11 de su similar 163/1992, integrante de la licitación, por la que se establecía que las plantas térmicas del sistema patagónico cuya explota-

(75) "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c. Construcciones SADDEMI S.A." (13/5/2008), Fallos: 331:1186.

(76) La alzada revocó la sentencia porque concluyó que el vicio de la obra no era de construcción sino del proyecto a cargo de la actora, que no se trataba de un vicio oculto y que había caducado la acción por vicios aparentes.

(77) "Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c. Estado Nacional (M° de Economía y Obr. y Serv. Publ.)" (13/7/2010), Fallos: 333:1192.

ción se encontraba "aún" a cargo de Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado serían requeridas y remuneradas como reserva fría.

El pronunciamiento del Máximo Tribunal resulta de singular importancia en cuanto —haciendo lugar al planteo de la empresa actora— considera que lo establecido en los pliegos es ley para las partes en los términos del art. 1197 CC (*pacta sunt servanda*) —por lo que la Administración, dice, no puede variar unilateralmente las condiciones allí establecidas sin contar con el acuerdo previo del contratista—. Agregó que el contenido de dicho acuerdo se encuentra protegido por las garantías constitucionales y está al amparo del art. 17 de la CN (doctrina Fallos: 291:290) y que dichos términos no pueden modificarse unilateralmente por razones de seguridad jurídica.

15. "Telecom Argentina Stet France - Telecom S.A. c. E.N.A. s/acción declarativa de certeza" (2012)⁽⁷⁸⁾

La particularidad del caso reside —en cuanto aquí interesa— en que para fundamentar este rechazo consideró que los términos del pliego de condiciones — que venían aplicándose normalmente al respecto— fueron modificados por la ley 25.561.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, confirmando el fallo de Cámara, consideró que la tarifa del servicio básico de telefonía fija no quedó ceñida con exclusividad a las condiciones del pliego y el contrato de transferencia, que permitían que el incremento de la carga tributaria de la licenciataria se traslade a la tarifa sin aprobación previa —cláusula de estabilidad impositiva—, sino que debió sujetarse también a la renegociación contractual impuesta por esa norma y sus complementarias.

(78) "Telecom Argentina Stet France - Telecom S.A. c. E.N.A. s/acción declarativa de certeza" (30/10/2012), Fallos: 116.785.

En definitiva, puede colegirse de este precedente que las transformaciones de la realidad económica que conducen al dictado de una ley de emergencia supeditan a disposición de la Administración la vigencia y aplicación de las condiciones del pliego de bases y condiciones y el contrato de transferencia.

XI. EL DIFERENTE ABORDAJE ENTRE EL PRONUNCIAMIENTO MAYORITARIO Y MINORITARIO SOBRE LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES EN EL CASO "ROBLES"⁽⁷⁹⁾

Dijimos que el caso "Robles" es importante en este desarrollo jurisprudencial porque el tema en discusión de este precedente se vincula directamente con la interpretación que corresponde asignar a los pliegos de la licitación y, además, porque los votos de la mayoría y de la minoría condensan diversas visiones posibles en torno a la cuestión.

Recordemos que la controversia versó sobre el destino que debía darse a los edificios construidos por la demandante al concluir el contrato de concesión celebrado por las partes. En tanto la actora sostenía que para obtener su transferencia el Estado debía abonar el precio que se determine de acuerdo con lo oportunamente pactado, el demandado alegaba que el referido traspaso debía operarse sin cargo alguno.

También es relevante tener presente que si bien los pliegos de bases y condiciones —tanto el general, como el particular— contendían previsiones sobre el destino de las construcciones— las partes posteriormente aclararon esta situación en un contrato que fue objeto de interpretación diversa por los miembros de la Corte Suprema de Justicia⁽⁸⁰⁾.

(79) "Robles S.A., Vicente c. Estado nacional - Servicio Nacional de Parques Nacionales" (30/3/1993), Fallos: 316:382.

(80) En relación a este tema, recuérdese que el art. 99 del dec. 893/2012 establece el orden de prelación de todos los documentos que rijan el llamado, así como los que integren el contrato, los que serán considerados como recíprocamente explicativos. Al respecto, dispone que, en caso de existir discrepancias se seguirá el siguiente orden de prelación: a) Decreto Delegado 1.023/2001 y sus

Seguidamente sintetizaremos los principales argumentos empleados por el voto de la mayoría y la disidencia que, más que posiciones diferentes, trasuntan visiones filosóficas diversas sobre la temática de la contratación administrativa. Por esa razón, justamente, merecen un análisis más detenido.

1. Los argumentos del voto de la mayoría

Para la mayoría los bienes debían traspasar sin cargo al Estado pues la concesionaria, al formular su propuesta, debió obrar con pleno conocimiento de las cosas en aplicación del art. 902 del Cód. Civil.

Además, señaló que la magnitud de los intereses en juego le imponía a la misma el deber de adoptar las diligencias que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar y si la oferente incurrió en error en la interpretación de las cláusulas contractuales, éste provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929, Cód. Civi)⁽⁸¹⁾.

Agregó que, si la actora conoció la contradicción y ello generó una duda respecto de un elemento de real importancia para la determinación del precio del contrato, debió aclararla mediante la oportuna consulta a la autoridad competente y la falta de ejercicio de dicha facultad sólo resulta atribuible a su propia conducta por lo que no puede invocar ahora esa omisión para apoyar su reclamo⁽⁸²⁾.

Por otra parte, si lo convenido en los pliegos, la oferta y adjudicación fue que los edificios pasaran al Estado sin cargo, no cabía admitir que ello pudiera válidamente modificarse con posterioridad a la adjudicación, median-

modificaciones; b) Las disposiciones del presente reglamento. c) Las normas que se dicten en consecuencia del presente reglamento. d) El Pliego único de Bases y Condiciones Generales aplicable. e) El Pliego de Bases y Condiciones Particulares. f) La oferta. g) Las muestras que se hubieran acompañado.) La adjudicación. i) La orden de compra, de venta o el contrato, en su caso.

(81) Ver consid. 12.

(82) Ibidem.

te la firma de un contrato aclaratorio. Ello porque, en primer lugar, la Administración negaba que tal hubiera sido la finalidad de tal contrato y, en segundo lugar, porque tal modificación ocasiona la nulidad del acto por violación al principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa⁽⁸³⁾.

Sostuvo que la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad y que nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario (Fallos: 308:618)⁽⁸⁴⁾.

Dijo, en definitiva, que aun admitiendo la contradicción entre las cláusulas en debate, sólo pudo la concesionaria resolverla a su favor mediante su aclaración en tiempo oportuno, y que, la posterior firma del contrato interpretativo, al no derogar expresamente lo establecido en la condición especial 24, no puede entenderse en el sentido de que tenía tal alcance frente a lo allí expresamente establecido respecto del destino de los edificios⁽⁸⁵⁾.

El voto mayoritario agregó que el hecho de que la actora hubiera sido la única interviniente en la licitación era irrelevante pues de admitirse su postura, hubiera bastado con que los pliegos contuvieran condiciones que determinaran la no participación de otras empresas por no resultar atractivo el negocio y después de conseguida la adjudicación por la oferente se cambiaran los términos de aquéllos para que ésta obtuviera un beneficio que no le había sido acordado, burlándose así el principio de igualdad de la licitación⁽⁸⁶⁾.

(83) Ver consid. 13.

(84) Ver consid. 14.

(85) Ver consid. 15.

(86) Ver consid. 16.

2. Los argumentos de la disidencia

El pronunciamiento en disidencia, en cambio, resolvió que para traspasar los bienes, el Estado debía abonar el precio respectivo esgrimiendo para ello argumentos que procuraron, de alguna manera, rebatir las de la posición mayoritaria.

En tal sentido, el voto de la minoría partió de considerar que, establecida la contradicción entre los documentos aludidos, el sentido de la voluntad de las partes debía buscarse en el resto de los documentos de la causa, en concreto, al contrato aclaratorio suscripto, que constituía la culminación de la licitación y que preveía expresamente su prevalencia frente al resto de las cláusulas de la licitación⁽⁸⁷⁾. Allí se estableció expresamente que destino debía darse a los bienes.

En esta posición se asigna relevancia al contrato aclaratorio pues no sólo coincide, dice, su letra con la de los antecedentes documentales, sino también con los precedentes de la Corte según los cuales la ley de la 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 correspondan o resultan aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato, extremo, este último, que concurre aquí⁽⁸⁸⁾.

El argumento sobre la ambigüedad e imprecisión de la documentación no puede utilizarse en perjuicio del concesionario, pues si fuera por hipótesis un "contrato de adhesión", sabido es que en este tipo de convenciones predispuestas, las cláusulas de significado dudoso deben interpretarse a favor de la parte a la cual se le impusieron las condiciones pactadas (*contra stipulator*); y si por el contrario, el contenido del contrato fuera el resultado de la libre determinación de am-

(87) Ver consid. 9 y 10 del voto en disidencia.

(88) Consids. 13 y 14, respectivamente.

bas partes, no cabría la posibilidad de apartarse de lo pactado en el documento final⁽⁸⁹⁾.

La omisión del Estado de impugnar la cláusula del acuerdo aclaratorio que cuestionaba tiene relevancia pues debía respetarla ya que no existe posibilidad de apartarse de una cláusula contractual vigente, que goza de los efectos atribuidos a las convenciones entre las partes por el art. 1197 del Cód. Civil. Una interpretación diversa conculcaría la garantía establecida en el art. 17 de la CN que alcanza los contratos administrativos⁽⁹⁰⁾.

Si la documentación era dudosa, era el Estado y no el particular quien debía formular las aclaraciones previas sobre un aspecto económicamente tan importante como las construcciones. Y si aquél alentaba esas dudas, debió expresarlas antes del comienzo de las obras, ejecutadas en función de un contrato cuyo contenido literal estipulaba otra solución. Ello, por aplicación del principio de buena fe que rige la contratación administrativa⁽⁹¹⁾.

Afirma la disidencia que el caso no se trata de un supuesto de duda acerca del alcance de lo que se debe tomar como concedido en favor del concesionario y menos aún de la interpretación en materia de franquicias o privilegios. Se trata, en rigor, de dilucidar —frente a una inconciliable contradicción— cuál es la norma que ha de regir el destino final de determinados bienes amparados, como principio, también en materia de concesiones, por la inviolabilidad de la propiedad⁽⁹²⁾.

Tampoco se ha violentado, según esta posición, el principio de igualdad pues, más allá de que haya habido un sólo oferente, no ha mediado “una “modificación” del contrato con posterioridad a la adjudicación que pueda provocar ese re-

(89) Consid. 15.

(90) Consid. 17.

(91) Consid. 18.

(92) Consid. 19.

sultado. Además el remedio a esas situaciones debe proveerse en tiempo oportuno; sea por la impugnación por parte de los otros oferentes o por anulación de la adjudicación, resuelta por el propio Estado antes del inicio de las obras. De otro modo, la omisión del deber de fiscalización generaría un inadmisibles beneficio en favor del órgano remiso en el debido cumplimiento de sus funciones de control de las licitaciones.

XII. ¿LOS PLIEGOS DE CONDICIONES SE UTILIZAN SOLAMENTE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA?

Dada la importancia que poseen los pliegos de bases y condiciones en el proceso de selección de cara a los principios de transparencia y de lucha contra la corrupción cabe preguntarse si el mecanismo de licitación pública y, por tanto la utilización de pliegos de condiciones para llevar a cabo ese tipo de procedimiento, es un temperamento privativo de las entidades públicas o pueden ser aplicados por otros sujetos no comprendidos en el Régimen Nacional de Contrataciones.

Una pauta interpretativa al respecto la brinda el art. 4 del dec. 893/2012 que habilita a la adhesión voluntaria a dicho reglamento para su eventual aplicación y en cuando fuera pertinente, para los contratos excluidos y/o a las entidades y jurisdicciones no comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo. En su caso, se dispone que la ONC debe brindar el soporte técnico y legal que se requiera para su instrumentación.

Sin embargo y más allá de la aplicación de esta metodología para los entes públicos, es posible observar una considerable utilización de la licitación pública como metodología habitual de contratación de bienes y servicios por parte de sujetos privados que tienen a su cargo la realización de actividades de interés general y/o servicios públicos, como así también por parte de empresas o sujetos privados comprometidos con los principios de responsabilidad social empresarial comprometidos con pautas de transparencia y ética pública en su gestión empresarial.

En tal sentido, los pliegos de bases y condiciones se utilizan, por ejemplo, en la contratación que llevan adelante las empresas prestadoras de servicios públicos como requerimiento establecido en los diferentes marcos regulatorios⁽⁹³⁾, las empresas hidrocarbúferas en cierto tipo de contrataciones⁽⁹⁴⁾, los contratos de fideicomisos públicos que se emplean en la actualidad⁽⁹⁵⁾, etc.

En definitiva, este tipo de prácticas — como es el empleo de pliegos de condiciones para llevar a cabo mecanismos licitatorios — que garantizan de alguna manera la libre competencia, la igualdad y la transparencia de su actuación trascienden, en consecuencia, a la administración pública y se utilizan incluso por parte de sujetos privados dado que aquéllas prácticas se identifican con valores comunitarios superiores.

XIII. LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRAS Y SERVICIO PÚBLICO Y LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES

En este apartado pretendemos analizar brevemente algunos aspectos referidos a la renegociación de los contratos de servicios públicos comprendidos en el Capítulo II de la ley 25.561 (la renegociación)⁽⁹⁶⁾ y su relación con los prin-

(93) En tal sentido, puede citarse el art. XIV del dec. 2255/1992 que aprueba las reglas básicas de la licencia de distribución en la industria del gas natural en nuestro país dispone, en cuanto a su régimen de suministro, las licenciatarias deberán adoptar en sus contrataciones para la provisión de bienes o servicios, procedimientos que aseguren la transparencia y competitividad de las condiciones de contratación.

(94) CAMPAGDALE (h.), HUMBERTO, "Pliego de condiciones para la contratación internacional de hidrocarburos (Pautas Generales)", LA LEY, 1985-E, 899.

(95) Entre otros, por ejemplo, ley 26.095 y su reglamentación.

(96) La necesidad en discurrir, aunque sea brevemente sobre este tema, obedece a que actualmente el Poder Ejecutivo Nacional a través de la Unidad de Renegociación de Contratos (Uniren) se encuentra renegociando sesenta (60) contratos de derecho público con empresas prestatarias de diferentes sectores (energía, transporte, telefonía, aguas, puertos, etc.). Los resultados de la renegociación, sin dudas, se reflejarán no sólo en los venideros debates de la disciplina ius-publicística, sino también y fundamentalmente, incidirán significativamente en la calidad de vida de los usuarios de tales servicios.

cipios que hemos enlistado en torno a los pliegos de bases y condiciones.

El tema es complejo y multifacético razón por la cual resulta necesario conceptualizar brevemente la renegociación contractual y, en función de ello, cotejar sucintamente algunas cláusulas de los acuerdos de renegociación a la luz de la doctrina de ciertos precedentes jurisprudenciales.

1. La renegociación de los contratos de obra y servicio público. Conceptualización

Podemos conceptualizar el proceso de renegociación como un procedimiento administrativo reglado y público⁽⁹⁷⁾ que tiene por objeto, con el criterio del esfuerzo compartido y en todo aquello que no hubiere sido derogado legalmente, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión o de licencia, durante el período de emergencia y hasta tanto sea superada dicha situación, sin introducir cambios estructurales, a fin de preservar la vida del contrato y las condiciones originalmente pactadas con miras al restablecimiento futuro⁽⁹⁸⁾.

Cabe entonces preguntarse por la naturaleza jurídica de la renegociación, si se trata de una categoría contractual nueva y diferente de las existentes o, por el contrario, estamos ante una nueva técnica dentro de las tradicionalmente estudiadas en por la disciplina ius-administrativa para mantener

(97) En cuanto a las etapas que integran la renegociación, podemos señalar: a) etapa de instrumentación de los acuerdos que comprende: (i) reuniones entre partes; (ii) firma de carta de entendimiento (iii) realización de una audiencia pública. (iv) suscripción acta acuerdo ad referendum del PEN (v) Intervención de la SIGEN, PTN y Congreso de la Nación. (vi) suspensión de los reclamos por parte de la empresa. (vii) ratificación del acta acuerdo por el PEN. b) revisión tarifaria integral (RTI): (i) el ente regulador inicia trámite según la carta de entendimiento y el acta acuerdo; (ii) celebración de la audiencia pública; (iii) aprobación de la RTI y publicación de los nuevos cuadros tarifarios (iv) desistimiento de reclamos por parte de la empresa al concedente (PEN).

(98) El concepto de renegociación surge de una interpretación integral de las previsiones contenidas básicamente en las leyes 25.561, 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, el dec. 311/2003, y la Res. ME 20/2002, cuya vigencia se mantiene a la fecha de este trabajo.

la remuneración del contratista y/o adecuar aquélla a las circunstancias sobrevivientes de celebrado el contrato (v.gr. hecho del príncipe, teoría de la imprevisión, etc.). Estimo que ni lo uno ni lo otro.

La renegociación, en sí misma, no es una técnica contractual nueva pues, sin perjuicio de que como resultado de la misma, las partes puedan o no establecer nuevas condiciones contractuales, aquélla es un instrumento a través del cual el Poder Ejecutivo Nacional desarrolla su función, administrativa por cierto, según le fuera encomendada por el art. 8 de la ley 25.561. Podrán extinguirse ciertos aspectos y establecerse, en su reemplazo, otros nuevos. Pero tal será el efecto mismo de la adecuación contractual resultante de la función ejercida y no de la renegociación que, como tal, sigue siendo un procedimiento y no la creación de una tipología contractual nueva.

La renegociación tampoco importa una nueva técnica de revisión del contrato. Al contrario —y sin pretender desconocer la complejidad y magnitud de los cambios ocurridos—, opino que las figuras tradicionales son suficientes para abordar esta vicisitud. El trámite consiste justamente en revisar el contrato en aplicación de las teorías tradicionales. La dinámica propia de estos contratos de larga duración puede exponer a estos contratos a ciertas vicisitudes —que independientemente de su magnitud— requieran una revisión del sinalagma contractual. Pues bien, con motivo de la emergencia declarada mediante ley 25.561, se estipula la renegociación. Pero ésta, en sí misma, es un instrumento para llevar a cabo aquella función.

2. Los principios del procedimiento de renegociación y los pliegos

La renegociación es entonces una especie de procedimiento administrativo y, como tal, rigen a su respecto los principios generales propios de éste. En particular, se irradian aquí con toda amplitud —con sus lógicas matizacio-

nes— los principios de igualdad y publicidad propios de los trámites licitatorios en los que ellos fueron celebrados. Estas premisas se proyectan en el desarrollo de la renegociación y en el contenido del contrato de renegociación según se verá más adelante.

El objeto que persigue la renegociación consiste en encauzar las tratativas para revisar básicamente las cláusulas contractuales referidas a la modalidad de ajuste de tarifas y la determinación de su moneda de base ya que éstas fueron las modificaciones introducidas a los contratos por la ley 25.561. Si bien la renegociación puede incluir otros temas —y de hecho así ha ocurrido en la práctica— éstos deben guardar relación con los propósitos de la precitada ley de emergencia.

En tal sentido, para merituar la pertinencia de la inclusión o no de un determinado tema en la agenda renegociadora, debe considerarse el valor normativo que se desprende del principio de igualdad, según el cual podría decirse que tal inclusión será lícita en la medida en que cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado, el tema debió haberse incluido de todos modos en el proceso renegociador⁽⁹⁹⁾.

La finalidad señalada, además de otorgar una pauta para el mérito de los actos de la Administración en los términos del art. 7, inc. f) de la LPA, cumple una función inclusivo-excluyente. Es *inclusiva* pues la renegociación debe referir las tratativas tendientes a revisar las cláusulas señaladas. Es *excluyente* pues no podrán tratarse cuestiones que no tengan que ver con aquélla (por ejemplo: sanear incumplimientos que las partes pudieran poseer con anterioridad a ella, salvo que aquéllas sean materialmente imprescindibles para el cumplimiento de la finalidad renegociadora y, además, resulten transparentes y debidamente fundados).

(99) GAMBIER, BELTRÁN, "El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos", CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Derecho Administrativo" en AAVV en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

3. El cotejo entre las principales cláusulas de estos contratos y la doctrina emanada de los precedentes judiciales

Dicho lo anterior, es necesario ahora cotejar la doctrina emergente de algunos precedentes jurisprudenciales y ciertas cláusulas de los acuerdos de renegociación. Por cierto, estos acuerdos poseen estipulaciones de naturaleza muy variada, pero me focalizaré en las que considero más relevantes. Veamos.

3.1. Cláusulas que disponen renunciaciones de derechos patrimoniales en contra del Estado con motivo de los daños emanados de la ley 25.561

Las cláusulas que excluyen expresamente las indemnizaciones a las que tiene derecho una de las partes del contrato serían procedentes en la medida que se considere que representan un derecho patrimonial renunciable. Sin embargo, esto no obstaría su eventual impugnación por los potenciales oferentes de la licitación respectiva o, en su caso, proponentes con arreglo a lo que se expone en el punto c) siguiente.

La situación de los importes indemnizatorios firmes que correspondan a favor de terceros a la relación contractual (p.ej. usuarios), en cambio, no podrían disponerse sin cumplir con las formas y garantías de publicidad y oposición previstas en el ordenamiento (p.ej. la debida audiencia pública con intervención de los interesados). Por cierto que, en todo caso y de corresponder, también podrían considerarse compensables entre la empresa y el usuario estas acreencias en la medida que se verifiquen los recaudos establecidos en el art. 818 del Cód. Civil.

3.2. Cláusulas que disponen la suspensión y/o renuncia de efectuar reclamos ante tribunales locales o extranjeros

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el ámbito de la contratación administrativa resultan ilegítimas aquellas cláusulas que obligan a desistir de los recursos adminis-

trativos y judiciales deducidos contra la administración para participar en un proceso licitatorio (v.gr. "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comfer - dec. 310/1998 s/amparo ley 16.986"). Ello por cuanto tales exigencias resultan contrarias a los principios de tutela administrativa y judicial efectivas que, como ha dicho la doctrina, es el derecho de toda persona de acceso a la jurisdicción. Ahora bien, ¿es aplicable aquí la doctrina que surge de "Astorga Bracht"? En respuesta a este interrogante corresponde formular algunas distinciones. Si, como vimos, las partes renuncian a formular recíprocamente reclamos patrimoniales, es legítimo que también renuncien a reclamos administrativos y/o judiciales que hubieren iniciado por tales conceptos. Cumplidos fielmente los acuerdos celebrados entre las partes, ellas nada tendrían que reclamarse entre sí con motivo de las materias objeto de convenición, esto es, cuestiones referidas a la situación de emergencia.

Sin embargo, entiendo que a la luz de la doctrina de "Astorga Bracht" serían opinables, a mi juicio, las cláusulas que, en forma genérica, limiten el acceso a los tribunales sea por hechos futuros y/o referidos a incumplimientos de las previsiones de estos acuerdos. En estos últimos supuestos, el perjudicado tendrá siempre las garantías que emanan del principio de la tutela administrativa y judicial efectivas. Es que frente a las soluciones que se propicien para conjurar las consecuencias de la emergencia, no será posible socavar los cimientos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁽¹⁰⁰⁾, garantizado en diversos pactos internacionales con jerarquía constitucional [(art. 75, inc 22, CN) y en el art. 18 de la Carta Magna] que sustancialmente consiste —como afirma Jesús González Pérez⁽¹⁰¹⁾— en el "derecho de toda persona a que se le haga justicia"⁽¹⁰²⁾.

(100) Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. XVIII de la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el art. 2 punto 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(101) GONZALEZ PEREZ, JESÚS, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3° ed, Civitas, Madrid, 2001, p. 33.

(102) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del informe 105/1999 emitido en el caso "Palacios Narciso c. Nación Argentina", ha

3.3. Cláusulas que disponen compensación entre los créditos y las deudas entre las partes

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Procuración del Tesoro de la Nación han señalado que el trato igualitario debe abarcar a todos los estadios de la vida contractual desde el procedimiento licitatorio hasta la etapa de ejecución, porque la administración no podrá modificar las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte. En sustancial analogía con la cuestión aquí tratada, la sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal el 20/3/2001 en la causa "Lieberman", sentó criterios que resultan de interés en nuestro análisis. En su petición original la actora solicitó se ordenara al Poder Ejecutivo se abstuviera de emitir acto alguno que autorizase a la empresa Correo Argentino (contratista resultante de la licitación en la que la actora fuera finalmente derrotada) a compensar el canon que le correspondía pagar conforme el contrato de concesión. La Cámara hizo lugar a la petición del oferente vencido, respecto de este acto a dictarse en la ejecución del contrato, en tanto ello pudiere significar una vulneración del principio de igualdad que rige en las contrataciones públicas.

En aplicación de las pautas axiológicas precitadas, bien podrían los oferentes vencidos en las licitaciones respectivas oponerse a compensaciones que resultaran contrarias a dicha pauta de igualdad. Para que tales compensaciones resulten válidas, deben tratarse de créditos y deudas líquidas y exigibles entre las partes y siempre que no resulten litigiosas o dudosas pues, en tales casos, será necesario despejar previamente tales objeciones en aras de la transparencia del proceso y corolario de la pauta igualitaria referida.

expresado que "las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

3.4. Cláusulas que prevén la posibilidad de cambios normativos o regulatorios posteriores a la celebración de los contratos

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la celebración de un contrato de concesión sujeto a cláusulas determinadas no importa renuncia al ejercicio del poder de policía que es propio del Estado ("Cía. Central Argentina de Electricidad c. Municipalidad de Santa Fe")⁽¹⁰³⁾. También es doctrina del Alto Tribunal que los derechos emergentes de tales contratos se encuentran protegidos por el art. 17 de la CN ("Burdieu")⁽¹⁰⁴⁾ y, en caso de afectación de los mismos, corresponde la indemnización pertinente ("Almacenes del Plata c. Administración Gral. de Puertos")⁽¹⁰⁵⁾.

En consecuencia, admitiendo que esas cláusulas son lícitas en estos contratos y que respecto de ellas es plenamente aplicable la doctrina de nuestro Máximo Tribunal (en cuanto a sus alcances, fundamentos, etc.), interesaría analizar, aun en caso de producirse tales modificaciones, si se generan los recaudos para atribuir responsabilidad del Estado por el ejercicio de la actividad lícita; si tales modificaciones podrían ser viables e invocables por las partes aún en silencio o falta de previsión expresa (pues podría decirse que tal potestad modificatoria de la Administración es irrenunciable); su interpretación restrictiva debido a que ellas surgen de una situación de emergencia y según el propósito de la renegociación, como se expuso antes, entre otras cuestiones.

XIV. ALGUNAS CONSIDERACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Los pliegos de bases y condiciones, además de condensar el conjunto de requisitos, condiciones y demás recaudos esen-

(103) CSJN, 1/1/1945, "Compañía Central Argentina de Electricidad de S.A. v. Municipalidad de Santa Fe", Abeledo Perrot N° 6/5898.

(104) CSJN, 16/12/1925, "Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal", Fallos: 145:307.

(105) "Almacenes del Plata S.A. c. Administración General de Puertos" (24/11/1988).

ciales a los cuales deberán atenerse los oferentes en la licitación, cristalizan el ideario de las relaciones de contribución, de distribución y conmutación propias de la contratación administrativa, los que se proyectan en forma dinámica en toda la vida del contrato —tanto en la etapa previa a su celebración, como en su ejecución y hasta la misma extinción—.

Por lógica implicancia debe admitirse en consecuencia que los pliegos de bases y condiciones desempeñan una función esencial en la contratación administrativa como vehículos formales de concreción, soporte e instrumentación de los principios y axiología antes aludidos. Las reformas y actualizaciones habidas tanto en el derecho local como el internacional en esta materia dan cuenta de ese temperamento.

El fenómeno que llama la atención en el derecho comparado es el tránsito de corrientes legislativas homogéneas tendientes a establecer fórmulas de contratación capaces de brindar previsibilidad a los proponentes de una licitación y, a la vez, cierta flexibilidad de modo de permitir la satisfacción más eficiente de los intereses públicos comprendidos. La estandarización de las cláusulas insertas en los pliegos de condiciones, la claridad de las previsiones allí contenidas como así también la participación activa y útil de los interesados en su elaboración, son algunos de los canales de uniformidad creciente en esta temática. El mismo fenómeno homogeneizador se irradia también hacia la contratación entre privados, ámbito en el que estas metodologías brindan respuesta a las demandas de mayor transparencia y competitividad que se le realizan.

Los interrogantes que pueden formularse al respecto por cierto son variados. Sin embargo, particularmente cabe preguntarse si el requerimiento creciente de metodologías de contratación abiertas con pliegos de condiciones que promueven la más amplia concurrencia de oferentes —y que importan por cierto un determinado modo de gestionar la cosa pública, de participación ciudadana y la distribución de los fondos públicos— no son más que nuevas formas que contri-

buyen a consolidar un estado de cosas y de situaciones ya predeterminedos entre actores conocidos en esos ámbitos, y que antes que solucionar los problemas que enfrentan, únicamente mudan sus ropajes formales.

En cualquier caso y tal como hemos puesto en evidencia en este trabajo, el estudio del tema de los pliegos de condiciones muestra el interés permanente de la doctrina y jurisprudencia en anticiparse a tales prácticas opinables y/o poco éticas, poniéndolas cada vez más en evidencia y contrarrestarlas. Al fin y al cabo, esa es la misión ineludible del operador del derecho.