

## LAS CONTRATACIONES RESERVADAS

MIRTA SOTELO DE ANDREAU\*

### AGRADECIMIENTOS, RECORDATORIOS Y HOMENAJES

En primer lugar mi agradecimiento a la Universidad Austral por la invitación formulada en la persona del señor Decano, al Dr. Jorge Albertsen, al Dr. Coviello, a los coordinadores, la Dra. Miriam Ivanega y el Dr. Pablo Comadira.

Antes de empezar voy a efectuar un breve y sentido recordatorio en unas jornadas especiales, por lo emotivo y por lo trascendente ante la reciente pérdida física de dos profesores de Derecho Administrativo de avanzada.

Para mí, en lo personal, además se trata de dos queridos amigos, el profesor Julio Rodolfo Comadira, en cuyo homenaje se organizaron estas Jornadas, de las cuales

\* Abogada, Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Santa Fe, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Nordeste. Profesora titular de la cátedra A de Derecho Administrativo, primer curso de la Facultad de Derecho de la UNNE y de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesora titular de carrera de posgrado, de especialistas en derecho procesal, en la materia Derecho Procesal Administrativo y de la maestría en derecho laboral en la materia Empleo Público. Experta categoría II de la CONEAU. Investigadora de la CESYT de la UNNE, Directora de proyecto de investigación. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro mayor de la Inter American Bar Association. Miembro de la Asociación de ex becarios del gobierno de Japón. Ex Directora de la Escuela de Administración Pública. Ex Subsecretaria de Planeamiento y Ex Asesora de la Federación Económica de la Provincia de Corrientes. Autora de numerosos trabajos doctrinarios en la materia y tiene dos libros en la especialidad. Actual Directora del doctorado en derecho en la Universidad Nacional del Nordeste. Discreta en jornadas nacionales e internacionales.

Ha recibido los siguientes premios: Mención de Honor al mejor trabajo jurídico, en el tema la integración, en Quito, Ecuador, 1995; Primer Premio al mejor trabajo FIA en Río de Janeiro, Brasil, 1997; "El nuevo paradigma del Estado"; Segundo premio al mejor libro jurídico FIA, en Lima, Perú, 1998; Primer premio al mejor trabajo FIA en México, 1999; "La ética, la corrupción y la función pública". Becaria de las Universidades de Navarra, Complutense de Madrid, Nanterre X en París y de la Japanese International Cooperation Agency en Tokio, Japón.

fue su promotor y creador, y del Dr. Jorge Salomoni, quien al morir se encontraba ejerciendo la presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo entre otras actividades no menos importantes.

El profesor Julio Comadira fue un ser especial, realmente, fue una rara avis, que logró congeniar aristas muy difíciles y ser exitoso en cada una de ellas. Con una estrella particular, iluminó, ilumina e iluminará el campo de estudio de derecho administrativo, un amigo incondicional, una persona leal, generosa para transmitir sus conocimientos, sus investigaciones y para brindar un espacio en esta casa a los profesores del interior. Un buscador de armonizaciones, una persona comprometida en hacer todo lo necesario para evitar las confrontaciones y un luchador incansable en desarrollar los ideales justos, realmente un grande.

Respecto al Dr. Salomoni, que sorpresivamente se agrega en la lista de los que "no están", sólo puedo pensar en él como la energía andante, un luchador que tenía como norte rescatar el valor de los conocimientos de nuestro país y llevar nuestro derecho a otros escenarios, hacer renacer las bases nacionales y, como hace poco señalaba, en otro evento, uno de los representantes trascendentes de nuestra materia que propició y buscó la integración entre los países del Mercosur.

Dos personalidades distintas pero con un signo común, han marcado una huella, que los que estamos aquí presentes seguiremos, como una manera de mantenerlos vivos, en la ciencia y en nuestro corazón.

## I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos ocupa es muy interesante, polémico y controvertido como toda cuestión donde hay puja de valores en juego. Se trata de las contrataciones reservadas del Estado, donde se presentan en contrapunto valores como seguridad o emergencia del Estado y el de publicidad y control de los actos y contratos del gobierno.

En mi opinión, el tema es tan trascendente que su recepción o no en el sistema normativo y su validación hacen a la vigencia del principio republicano de gobierno dentro del régimen democrático. Sistema político que ha sido la forma elegida por nuestro país para su organización política y jurídica desde su nacimiento.

En este contexto se ubican las contrataciones públicas en general y las reservadas en particular.

El Estado, en su función administrativa, a fin de cumplir con sus propias actividades y satisfacer las necesidades de la población que representa, realiza permanentemente contratos con personas privadas jurídicas o individuales o también públicas. Esta actividad debe adecuarse a los postulados constitucionales y legales, destacándose como un instrumento necesario para el cumplimiento de los planes y programas estatales, generalmente con un fuerte impacto económico y social. Es un área imán para las cuestiones espurias y por ello es importante un control amplio e integral y el cumplimiento del principio de juridicidad, más que la mera legalidad.

Sostenemos esto en base a un paneo de los conflictos vigentes. Advertimos que la ejecución presenta problemas de inconductas con fuente en la corrupción; basta repasar dentro de los delitos cometidos contra la Administración, o por funcionarios públicos, o las faltas que dan origen a los procedimientos sancionatorios administrativos, en los últimos tiempos, para detectar que un amplio margen se genera dentro del ámbito de la contratación administrativa.

Si a esto sumamos el tratamiento de reservado o secreto que se da a determinados contratos que la Administración efectúa, por las leyes que así lo califican, el presupuesto del cual provienen, los fondos con los cuales se realiza, o el objeto que se persigue, el panorama se complica, porque en general se excepcionan los procedimientos comunes y se obvian o morigeran los clásicos mecanismos de control propiciando un agujero negro en el cual la actividad que se produce es desconocida.

La calificación de "reservado" y el uso indebido o no del tema tiene connotaciones jurídicas y sociales trascendentes. Basta repasar las noticias que hacen al sector público, en especial al derecho público, por ejemplo, los sobresueldos que se dice percibieron en la década del noventa los funcionarios del Poder Ejecutivo, recientemente denunciado por uno de ellos, María Julia Alsogaray, que se informa provenían de fondos denominados *reservados* aprobados por una *ley secreta*. Otro ejemplo, no hace mucho tiempo atrás, la venta de armas a Ecuador, a la que se calificaba como una contratación *secreta* referida al área de seguridad; la denuncia, de Pontiquarto, sobre uso de fondos secretos del servicio de inteligencia para abonar sobornos para aprobar la Ley de Flexibilización Laboral; el uso de los fondos reservados en el caso de investigación de la AMIA<sup>1</sup>, entre muchos otros.

Esta situación se produce no sólo en el Argentina, como lo señala Pellet Lastra<sup>2</sup>, recordando que el uso de fondos de carácter reservado o secreto en otros países también ha sido centro de conflictos, como el caso "Watergate" (EE UU 1972); la operación "Irán-Contras" (EE UU 1986); el caso que involucró al ex Presidente venezolano, "Carlos Andrés Pérez" (1992-1993), y el del vicepresidente de Ecuador, "Alberto Dahik" (1995); o el caso Gravier, "American Bank and Trust Company" en Bélgica, en 1976, donde se administraban fondos reservados de la marina y muchos casos más que integran una larga enumeración.

Aparece así una zona gris en la que los controles se flexibilizan y la transparencia desaparece.

Es importante advertir que la incorporación del carácter de reservada o secreta que se le da a la contratación puede provenir de varios orígenes o causas:

<sup>1</sup> El Estado Argentino en el CIDH dentro del proceso de solución amistosa N° 12.204 -Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA)- se comprometió a adoptar reformas normativas con el objeto de transparentar el sistema de utilización de fondos reservados de la Secretaría de Inteligencia.

<sup>2</sup> Pellet Lastra, Arturo, "Los fondos reservados bajo la lupa", en *Corrupción. Una sociedad bajo sospecha*, Buenos Aires, LL., 1997.

En primer lugar, de un criterio formal legal que tiene en cuenta las normas, las fuentes que dan origen a estas contrataciones, leyes o decretos que autorizan estos contratos, que a su vez pueden ser secretas o no ellas mismas.

En segundo lugar, de un criterio objetivo que va a hacer referencia al cuerpo de la contratación, a la actividad a que se dirige, que es secreta o reservada. Por ejemplo, razones de seguridad o razones de emergencia del Estado.

Y en tercer lugar, del origen de los fondos o recursos, las contrataciones que se efectúan con los denominados gastos reservados.

De esta manera advertimos que no podemos dejar de tratar el tema de la reserva y secretos de los actos del Estado en general, dentro del cual se inserta la contratación, tema asignado para este trabajo.

Empezaremos con un breve análisis de la Carta Magna Federal, la de la Ciudad y algunas provinciales, el tratamiento legal de los principios que regulan la contratación pública para destacar cómo el régimen jurídico protege la publicidad, las excepciones, qué implican estos sistemas y el tratamiento de la jurisprudencia en general.

## II. LAS CUESTIONES SECRETAS DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

Como afirmábamos en la introducción, en un régimen republicano de gobierno, en un sistema democrático no deberían coexistir normas, actos o decisiones secretas, porque ello atenta contra el principio de publicidad de los actos de gobierno y por ende afecta la vigencia del principio republicano, así como el sistema representativo.

Justamente entre las propuestas para prevenir los peligros de las democracias, que hoy se debaten en el mundo, se encuentran las del aumento del control civil de las entidades responsables del orden público, tales como las fuerzas armadas, el sistema judicial y los servicios de inteligencia y seguridad; que los presupuestos de las fuerzas públicas y del Estado en general sean transparentes, eliminando los fondos secretos; formar a los militares y los policías en valores democráticos y rediseñar las instituciones para enfrentar al terrorismo, incorporando a las estrategias la cooperación internacional y regional.

Estamos en realidad frente a la presencia de un deber y un derecho. El deber del Estado de dar a conocer todos los actos y cumplir con el mandato asignado y el derecho del ciudadano a conocer los actos estatales, dentro del derecho genérico a la información.

También se trata de un derecho complejo individual y colectivo a la vez. El derecho del ciudadano a obtener la información es individual pero también comunitario.

En nuestro país, si bien en el texto normativo constitucional nacional no se regula en forma expresa la prohibición de emitir normas, actos o contratos reservados o secretos, como en otras constituciones, es sin embargo fácil advertir que no se ha consagrado el secreto, como se desprende con una lectura integrada de la misma. Se

ha consagrado el sistema republicano del gobierno que conlleva a una gestión pública transparente que debe permitir el autocontrol, el control de otros organismos y poderes del Estado, y el sistema representativo que consagra la participación y control directo de la ciudadanía sobre el accionar estatal. No puede existir democracia representativa si los mandantes representados no saben qué hacen los mandatarios y por ende no pueden controlarlos. Así como la regulación sobre cuestión ética a que hace referencia el Artículo 36 *in fine* de la CN.

También se deduce como un derecho implícito del Artículo 33 de la Constitución Nacional.

La reforma constitucional de 1994, al incorporar los pactos y tratados internacionales, según el Artículo 75, inciso 22, ha ratificado el carácter de derecho humano del acceso a la información pública y podemos recoger la siguiente normativa aplicable al caso.

-Derecho que ha sido reconocido en instrumentos internacionales como la Declaración de la UNESCO de 1978, donde se lo considera un componente fundamental de la democracia y un derecho humano en la medida que valoriza y permite el ejercicio de todos los demás derechos.

-La Convención Internacional de Lucha contra la Corrupción, donde se establecen una serie de obligaciones en la materia como la de transparentar el régimen de compras del Estado, y caracteriza el acceso a la información pública como uno de los medios más efectivos de controlar la gestión pública.

-La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se sostiene que el derecho de acceso a la información estatal lleva a una mayor transparencia de los actos de gobierno y afianza las instituciones democráticas.

-La Convención Americana de los Derechos Humanos que establece en el Artículo 13.1: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos donde se regula también en el Artículo 19, como en el caso anterior, que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Estas normas que son constitucionales están cubriendo, a mi modo de ver, la garantía de la transparencia en la gestión que hace directamente al tema de la forma de tratamiento de las contrataciones públicas.

La normativa del orden federal tiene su correlato en otras constituciones del propio país, que como sabemos cuenta con veintitrés provincias autónomas y la Ciudad de Buenos Aires. Y justamente en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es en cuyo Artículo 53 *in fine* se establece: "Todos los actos que impliquen administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción. No hay gastos reservados, secretos o análogos, cualquiera sea su denominación". Aquí sí hay un mandato expreso de publicidad de los actos que impliquen administración de recursos y una prohibición expresa a la existencia de gastos reservados o asimilables.

En concordancia el Artículo 105 del mismo cuerpo, al regular los deberes del Jefe de Gobierno, establece, entre otros, el de "arbitrar los medios idóneos para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión de gobierno de la ciudad".

A su turno, la Ley de la Ciudad N° 104 consagra en su Artículo 1° el "derecho a la información" y así establece: "Toda persona tiene derecho, de conformidad con el principio de publicidad de los actos de gobierno, a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la Administración central, descentralizada, Entes Autárquicos, Organismos Interjurisdiccionales integrados por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Empresas y Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con participación Estatal mayoritaria, Sociedades de economía mixta, todas aquellas otras organizaciones Empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder Legislativo, Judicial, Entes Públicos no Estatales, en cuanto a su actividad administrativa, y de los demás Órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires"<sup>3</sup>.

El Artículo 2°, al determinar los alcances, dice: "Debe proveerse la información contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por el órgano requerido que se encuentre en su posesión y bajo su control. Se considera como información a los efectos de esta ley cualquier tipo de documentación que sirva de base a un acto administrativo, así como las actas de reuniones oficiales. El órgano requerido no tiene obligación de crear o producir información con la que no cuente al momento de efectuarse el pedido". Se consagra así en forma expresa el derecho a la información y el acceso a todo tipo de documentos, escritos o no.

La Constitución de la Provincia de Córdoba<sup>4</sup> establece en el Artículo 51 *in fine* que la información y la comunicación *constituyen un bien social*.

<sup>3</sup> Ley N° 1.391, Art. 1° BOCBA 2011 del 26-08-2004.

<sup>4</sup> Publicada en el *BO* del 29-04-1987.

La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego<sup>5</sup> en su Artículo 73 establece que es deber de la Administración pública provincial la ejecución de sus actos administrativos fundados en principios de eficiencia, celeridad, economía, descentralización e imparcialidad y al mismo tiempo racionalización del gasto público; para lo cual deberán desarrollarse bajo normas que, como mínimo, contemplen los siguientes preceptos: [...] Inciso 4. La remuneración por todo concepto que perciban los empleados y funcionarios públicos, tanto electos como designados, de cualquiera de los tres Poderes provinciales, organismos y entes descentralizados, en ningún caso podrá superar a la del Gobernador de la Provincia. No existirán partidas para gastos reservados.

Pasando al régimen legal de las contrataciones del Estado, tenemos que en general se rige por los principios de publicidad y transparencia como medio para garantizar la libre concurrencia y la igualdad.

Recordamos que la contratación se inicia desde el momento de la petición de un funcionario o área, continuando con la afectación presupuestaria previa y definitiva, pasando por el planeamiento administrativo, los procesos de selección de las contrataciones, la adjudicación y el control.

En materia de contrataciones en general, rige un sistema jurídico con una serie de principios económicos, legales y éticos, deberes y derechos que marcan la tendencia del control y la transparencia.

En el orden federal la Ley de Administración Financiera N° 24.156 y sus normas complementarias y reglamentarias (Decreto delegado N° 1.023/2001, Reglamento de Contrataciones, Decreto N° 436/2000, Decreto N° 1.818/2006 –Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas–), en lo que hace a las contrataciones gubernamentales, consagra la defensa de la competencia, que haya libre concurrencia, el libre acceso al mercado, el principio de la legalidad, la publicidad, la igualdad, la eficiencia, que son protegidos también en la Ley de Procedimientos Administrativos y en la Constitución Nacional, garantía de igualdad –Artículo 16–, de la propiedad –Artículo 17–, del debido proceso –Artículo 18–.

En lo que hace a la obligación estatal tenemos la Ley de Responsabilidad Fiscal N° 25.152, que en su Artículo 8°<sup>6</sup> establece que la documentación e información de la

<sup>5</sup> Publicada en el *BO* del 28-05-1991.

<sup>6</sup> Ley N° 25.152 de Responsabilidad Fiscal, Sancionada: 25-08-1999. "Artículo 8° - La documentación de carácter físico y financiero producida en el ámbito de la Administración nacional y que se detalla a continuación, tendrá el carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla: a) Estados de ejecución de los presupuestos de gastos y del cálculo de recursos, hasta el último nivel de desagregación en que se procesen; b) Órdenes de compra, todo tipo de contratos firmados por autoridad competente, así como las rendiciones de fondos anticipados; c) Órdenes de pago ingresadas a la Tesorería Nacional y al resto de las tesorerías de la Administración nacional; d) Pagos realizados por la Tesorería Nacional y por el resto de las tesorerías de la Administración nacional; e) Datos financieros y de ocupación del Sistema Integrado de Recursos Humanos que admi-

er, la  
forma  
is del  
Ciu-  
na de  
mpli-  
p hay.  
í hay  
de re-  
bles.  
ps del  
poner  
e a la  
cho a  
ion el  
ación  
admi-  
ccio-  
dades  
rieda-  
de el  
piso-  
puan-  
II de  
ación  
o di-  
gano  
como  
va de  
gano  
nte al  
o a la  
t fine

Administración pública nacional (APN) tendrá carácter de "información pública", de libre acceso para toda institución o persona interesada. Complementada por la Ley N° 25.917, creando un Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal, con la finalidad de establecer reglas de comportamiento fiscal y dotar de una mayor transparencia a la gestión pública (aunque dejamos sentada la crítica al tratamiento del principio federal en el caso de la última de las leyes nombradas porque no se ajusta a la distribución competencial constitucional de las provincias), si bien estamos de acuerdo con los principios de control y transparencia.

También es aplicable en la materia la Convención Interamericana contra la Corrupción a la que hacemos referencia precedentemente, donde se consagran requisitos tales como la publicidad que exige el Artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción y los principios de equidad y eficiencia.

La publicidad comprende el procedimiento previo como el llamado a la licitación, la adjudicación, el monto de la adjudicación y el precio final del contrato. Publicación que debe hacerse, como lo expresa Gordillo<sup>7</sup>, en el *Boletín Oficial* de la Nación y en internet: hay que utilizarla no para propaganda sino para difusión genuina de información útil y necesaria.

Si lo analizamos desde el punto de vista del funcionario, inclusive los sujetos obligados por la Ley de Ética Pública deben cumplir con deberes de transparencia administrativa o de gestión, y de tipo fiscal o impositivo personales. La Ley N° 25.188 impone que deberán: I) fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; II) proteger y conservar la propiedad del Estado (insta-

ministra la Secretaría de Hacienda, sobre personal permanente, contratado y transitorio, incluido el de los proyectos financiados por organismos multilaterales; F) Listado de beneficiarios de jubilaciones, pensiones y retiros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad; g) Estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública, así como de los avales y garantías emitidas, y de los compromisos de ejercicios futuros contraídos; h) Listados de cuentas por cobrar; i) Inventarios de bienes inmuebles y de inversiones financieras; j) Estado del cumplimiento de las obligaciones tributarias, previsionales y aduaneras de las sociedades y las personas físicas ante la Administración Federal de Ingresos Públicos conforme a la reglamentación que ella misma determine; k) Información acerca de la regulación y control de los servicios públicos, obrante en los entes reguladores y de control de los mismos; l) Toda la información necesaria para que pueda realizarse el control comunitario de los gastos sociales a los que se refiere el Artículo 5°, inciso b), de la presente ley. La información precedente será puesta a disposición de los interesados por el señor Jefe de Gabinete de Ministros; m) Toda otra información relevante necesaria para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del Sistema Nacional de Administración Financiera y las establecidas por la presente ley. La información precedente será puesta a disposición de los interesados en forma inmediata, a su requerimiento o mediante la autorización al libre acceso a las respectivas plataformas informáticas, en un plazo máximo de un año contado a partir de la promulgación de la presente ley".

<sup>7</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4 tomos, 5ª ed. reimpresión, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

laciones, documentación, archivos, etc.) y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados; III) observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.

Los principios son ordenadores del sistema jurídico que como vemos se regula exhaustivamente, así como las obligaciones, pero cuando vamos a la práctica no se cumplen, por el contrario se consagran todas las tácticas para obviarlos.

En el marco de las contrataciones reservadas con y bajo el paraguas de la seguridad estatal, el cumplimiento de estos principios no se realiza.

En otras áreas de estudio de nuestra materia, como en el caso del procedimiento administrativo, encontramos también el tratamiento de las reservas de las actuaciones, cuya existencia se admite<sup>8</sup> pero cede en resguardo del principio de la garantía del debido proceso, sosteniéndose que puede haber cuestiones reservadas<sup>9</sup>; así Gordillo afirma: "[...] no puede negarse que, en principio al menos, la Administración tiene facultades para declarar que las actuaciones sean de carácter reservado, y que cuando ello sea así decidido, no puede el particular tomar vista de las actuaciones que fueren del caso", pero que no puede usarse de ellas al momento de decidir, ni hacerlo sobre la base de las mismas, si la parte no la pudo conocer, pues de hacerlo se lesionaría la garantía del debido proceso.

En el mismo sentido Hutchinson<sup>10</sup> sobre este punto destaca también la necesidad de una declaración previa fundada, de esa reserva de la actuación, que debe ser cono-

<sup>8</sup> El Decreto Ley Nº 19.549 que regula el procedimiento administrativo publicado en *Anales de Legislación Argentina* Nº XXXIX-C 1972, miércoles 27 de abril de 1972. Dispone, respecto a las vistas Actuaciones. - La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate. A su vez y más concretamente sobre el tema establece en su Artículo 2º inciso b) que "se deberá dictar el procedimiento administrativo que regirá respecto de los organismos militares y de defensa y seguridad, a propuesta de éstos, adoptando los principios básicos de la presente ley y su reglamentación.

Actuaciones reservadas o secretas [...] c) determinar las circunstancias y autoridades competentes para calificar como reservadas o secretas las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que deban tener ese carácter, aunque estén incluidos en actuaciones públicas".

<sup>9</sup> Gordillo, *op. cit.*, t. 4.1., p. IV-35.

<sup>10</sup> Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo 2, Astrea, 1988, p. 139, expresa: "[...] en verdad es que en algunos 'momentos' de la tramitación, la reserva es necesaria. Así, por ejemplo, si se da a conocer el expediente al presunto infractor cuando se están reuniendo las constancias de la infracción o cuando aún no se las ha obtenido, aquel puede tener la oportunidad de destruir o alterar las pruebas. O sea la 'reserva' también es admisible en alguna etapa de la actuación".

cida por la parte afectada y la prohibición del uso de esos argumentos al momento de decidir la cuestión.

En el caso del contrato administrativo, que de por sí ya posee características que lo excepcionan del derecho común, y que se conocen en general como cláusulas exorbitantes, o régimen exorbitante –que pueden ser expresas o pueden ser virtuales o implícitas–, tales como la limitación de la libertad contractual de las partes que están sometidas a un ordenamiento jurídico previo del que no se pueden apartar, reglamentos, pliegos, etc., y que condicionan la voluntad, la desigualdad jurídica de las partes, la Administración pública tiene atribuciones que no son comunes en un contrato entre particulares; el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que deriva del carácter de la ejecutoriedad que impone al cocontratante la obligación de su cumplimiento inmediato; restricción del cocontratante para cesionar; efectos respecto de 3<sup>os</sup>, puede tenerlos, como por ejemplo en una cesión de servicio público; el Estado puede rescindir el contrato directo y unilateralmente. En cambio, el cocontratante debe ir a la Justicia; y también la Administración pública tiene reconocida la facultad de imponer sanciones al cocontratante; la mutabilidad del contrato frente a la alegación del interés público. Pensamos que se deben evitar estas características que excepcionan las actividades públicas al control.

Como lo afirma Gordillo, a partir del dictado de la Ley N° 24.759, de aprobación e incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Estado está obligado a publicar toda contratación pública, incluyendo las adjudicaciones, precio, especificaciones y el precio final del contrato al completarse su ejecución.

Pero no es una consagración plena como lo avala el Acuerdo Federal para la Reforma del sistema político argentino suscripto el 6 de febrero del año 2002 entre el Presidente de la Nación y los gobernadores de las Provincias, en cuya cláusula segunda se propicia la eliminación de los gastos reservados en todos los Poderes del Estado, manteniéndose la excepción de los asignados a las áreas de defensa y seguridad ciudadana.

La cláusula tercera, por su parte, acuerda implementar mecanismos efectivos de gestión por resultados, evaluación permanente con publicidad de los mismos, estableciendo normas de calidad y transparencia.

Concluyendo tal como está diseñado nuestro sistema jurídico, y el de muchos otros países de América latina<sup>11</sup> y Europa, en principio no deberían existir gastos reservados ni contrataciones reservadas o secretas, afirmación con la cual terminaría nuestro tema, pero sin embargo se dan en la realidad y allí viene el otro planteo.

<sup>11</sup> Un ejemplo, la Ley N° 27.806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información de Perú. Que establece en el Artículo 25 inciso 4° que es obligatorio publicar la información contenida en el Registro de procesos de selección de contrataciones y adquisiciones, especificando: los valores referenciales, montos de contratistas, montos de los contratos, penalidades y sanciones y costo final, de ser el caso.

¿se pueden controlar conforme al régimen común estas situaciones, esos gastos, esos fondos? ¿O también están totalmente excepcionadas ellas?

Para responder a este interrogante veamos primero las razones que se alegan para justificar la reserva o secreto en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

### III. LOS FUNDAMENTOS DE LAS CUESTIONES SECRETAS

En la doctrina, jurisprudencia y legislación de nuestro país se ha avalado la existencia de actuaciones secretas, leyes secretas, decretos secretos y contrataciones secretas, en el orden federal y local, por supuesto que se hace referencia en esos argumentos a la excepcionalidad, pero también a la seguridad, entre otros.

Así tenemos los que se basan en el "estado de necesidad", como fuente de derechos reservados, como Joaquín V. González<sup>12</sup> o Sagués<sup>13</sup> dicen que pueden crearse cuando se trata de "suerte de la República" o la "subsistencia del país". Aclarando que el fundamento autor explica el fundamento pero propicia la publicidad de todos los actos de gobierno.

Otros profesores de derecho constitucional como Ekmekdjian<sup>14</sup>, en cambio, no justifican y promueven fuertemente que el Estado publique los actos de gobierno, para dar participación a los ciudadanos de tomar conocimiento "de su contenido, de su importancia y concreción y ejercer el control de poder que les compete". O la Dra. María José Rodríguez<sup>15</sup>, quien no está de acuerdo con la actuación secreta y sostiene que la reticencia a publicar el secreto acerca de las acciones y omisiones del Estado impiden, en los hechos, el control y la adjudicación de las responsabilidades públicas.

Sin perjuicio de ello, el régimen legal argentino y la jurisprudencia reconocen expresamente y dan vigencia a este tipo de gastos, fondos, procedimientos y contrataciones de carácter reservado tal como lo hemos expresado previamente.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido a veces de sus fallos la existencia de leyes secretas, gastos secretos o reservados, pero

<sup>12</sup> Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860*, Buenos Aires, Editorial Esquivel, 1897, p. 492.

<sup>13</sup> Sagués, Néstor P., *Las leyes secretas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 120 sostiene: "[...] las leyes secretas resultan y deben continuar normativamente radicadas de la Constitución. En el plano de los actos administrativos, su legitimación -harto difícil, excepcional y transitoria- quedaría reservada [...] para los casos excepcionales del 'estado de necesidad', doctrina que no estriba en la 'razón de Estado', ni en el bien del gobernante, sino en los últimos casos donde, de manera incuestionable, está en juego la subsistencia de la República o la conservación de la comunidad nacional". Y agrega: "[...] obviamente, el secreto no puede contradecir el valor justicista, ni lesionar la dignidad del hombre".

<sup>14</sup> Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

<sup>15</sup> Rodríguez, M. Angélica, "El secreto en el Poder y las debilidades de la República", 04-10-2004, ver <http://www.profesional.com/interior/nota3cols.html> - 385k.

marcando el carácter de excepción y sólo referidas a “graves asuntos de Estado”, por otra parte ha avanzado sobre el control de estos gastos.

En los otros estamentos judiciales, la lectura de un caso concreto y actual no permite visualizar las posiciones que se pueden adoptar en una misma controversia judicial.

Se trata de la causa “Monner Sans”, en la cual el actor del mismo nombre habiendo interpuesto una acción expedita de amparo con el fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de las leyes secretas, en especial la N° 18.302. La jueza de primera instancia, del Fuero Contencioso Administrativo, hizo lugar al planteo y declaró inconstitucionalidad del carácter secreto de la ley sobre gastos reservados, y además la inconstitucionalidad del carácter “secreto” adjudicado a cualquier otra ley que no encuentre su causa en el “estado de necesidad” y su público conocimiento ponga en riesgo la subsistencia de la República o la seguridad de la comunidad.

Se fundamenta la juez en que en la ley “[...] no existe ningún elemento que permita mínimamente sostener que el ‘secreto’ se legitime en el ‘estado de necesidad’ porque su ocultamiento sea necesario para que la Nación subsista como comunidad independiente y no se ponga en riesgo su seguridad”. Y que “tampoco está relacionada a ‘graves asuntos del Estado’ [...], por lo que no se justifica el carácter secreto que se le ha dado [...], entrando en contradicción con la forma representativa republicana de gobierno.

Dice también: “El secreto como hecho político implica una cortina entre la autoridad política y los miembros de la comunidad. Conlleva el concepto de la decisión política como algo propio del poderoso, es decir como algo ajeno a los gobernados. Se los aparta, obviamente, porque se entiende que el acto que se oculta no es de ellos sino privativo del gobernante”.

Reconoce sin embargo que “el secreto de la ley puede encontrar un albergue esporádico y transitorio [...] cuando está en juego la suerte de la República”.

A su turno, apelado el fallo precedente, por la parte demandada, la Cámara V del Contencioso Administrativo revocó la sentencia estableciendo: “[...] las leyes secretas no son de por sí inconstitucionales” y “[...] esta es una excepción a la publicidad de los actos de gobierno del sistema republicano, cuyo objetivo es asegurar la subsistencia del Estado de Derecho”; como resultado de ello rechaza la demanda.

La Cámara destaca entre sus fundamentos que no es el carácter secreto de la ley lo que posibilita los hechos de corrupción sino el “uso que de ella han hecho quienes tenían la responsabilidad de gobernar y sostener la seguridad tanto interna como externa del país”.

En síntesis sostiene que las llamadas “leyes secretas” y los decretos de igual carácter son algo no querido pero necesario y deben ser aceptados como tales.

En la legislación, también se dan varias situaciones con las normas legislativas que las autorizan, como los casos de aquellas que no se han publicado o que no se han

debatido, por ejemplo la Ley Nº 25.873 del año 2003, o decretos que modifican o suspenden estas leyes afectando la esencia republicana de gobierno.

Entre las normas que regulan la utilización de fondos de carácter secreto o reservado se encuentran el Decreto Ley Nº 5.135/56 y la Ley Nº 18.302.

La Ley Nº 18.302 tiene sólo tres artículos que se refieren a los gastos de carácter reservado y/o secretos correspondientes a la Presidencia de la Nación, a los Comandos en Jefe del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como así también de la Secretaría de Informaciones del Estado, Dirección Nacional de Gendarmería, la Prefectura Nacional Marítima, la Policía Federal y la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal.

De la nómina de organismos consignados se desprende que se refieren a aquellos que tienen como finalidad la seguridad del Estado.

Otro precedente es el Decreto secreto Nº 2.452 del año 1955, destinado a cubrir gastos "especiales" y las operaciones de "inteligencia", de la oficina de "Control de Estado", luego transformada en Secretaría de Informaciones del Estado.

Por medio de estas normas, se regula la eximición del régimen legal a la rendición de gastos obligatoria debiendo presentarse sólo en caso de requerimiento, en algunos casos determinaban el control global del monto del gasto por parte del Tribunal de Cuentas.

Y también lo encontramos en la Ley Nº 26.124<sup>16</sup> que modifica la Ley de Administración Financiera sustituyendo el Artículo 37 en el cual además de otorgar facultades de reestructuración presupuestaria al Jefe de Gabinete, consigna en forma expresa las facultades legislativas (del Congreso de la Nación en el caso) para aumentar las partidas de gastos reservados y de inteligencia.

Asimismo dentro de la Ley anual de Presupuestos de Gastos y Recursos, se aparecen los denominados "gastos eventuales" donde fundadas en razones de seguridad aparecen partidas por las que se otorgaban a los ministros del interior, de guerra, de marina y de la Policía de la Capital montos para cubrir operaciones especiales.

<sup>16</sup> Ley Nº 26.124. Fecha de publicación BO 08-08-2006; sancionada: 02-08-2006; promulgada: 07-08-2006.

*Artículo 1º* - Sustitúyese el Artículo 37 de la Ley Nº 24.136 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, por el siguiente: Artículo 37 - La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la Ley de Presupuesto General que resulten necesarios durante su ejecución. Quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto. El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptuando al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el Artículo 15 de la Ley Nº 25.917. El incremento de las partidas que refieran a gastos reservados y de inteligencia sólo podrá disponerse por el Congreso de la Nación".

Otras facetas interesantes derivadas del mismo tema son el enmascaramiento del gasto, bajo otras denominaciones o en otras partidas, por ejemplo como investigación o tecnología; la búsqueda de fuentes de financiación externas al presupuesto general del Estado; todas estas situaciones "raras" al ordenamiento también conducen a la presencia de corruptelas en la administración de los recursos.

También esto se da en otros países, como por ejemplo en la República Oriental del Uruguay, donde hay regímenes especiales de contratación. Uno es en materia de alimentos, que por un decreto de acuerdos de ministros, permite que la unidad centralizada de adquisiciones de alimentos, creada por el Decreto N° 58 del 11 de febrero de 2003, pueda prescindir del requisito de licitación pública y efectuar el procedimiento de contrataciones especiales, pero exige que se respeten los principios de publicidad, igualdad de los oferentes y libre competencia. También lo libera en algunos requisitos de evaluación de oferta.

Otros dos aspectos que deben ser considerados en la materia en cuestión son la dificultad que acarrea el uso de conceptos jurídicos indeterminados para justificar la reserva y el ejercicio de las denominadas potestades discrecionales.

¿Cuáles son los fundamentos que en general se usan? Como hemos visto razones de interés público, las cuestiones de Estado, razones de seguridad, la emergencia, etc., cuyo contenido no es preciso, sino generalizado y vago. De las enunciaciones de las razones que se esgrimen se ven claras estas cuestiones "cuando se protege información por razones de seguridad interna de defensa o por política exterior"; "cuando se trata de afectar el sistema bancario financiero"; "cuando se trata de secretos industriales, comerciales, científicos, técnicos, propiedad de terceros del Estado o de información comercial, industrial, reservado, confidencial"; "cuando se trata de información referida a consejo, recomendaciones u opiniones, que son reservadas para una toma de decisión del gobierno"; entre otras.

El espectro es amplio y como expresamos antes frente a la realidad de la existencia de estos temas es importante rescatar el alcance del control judicial sobre estas cuestiones y sobre todo la factibilidad de aplicación del régimen jurídico general vigente.

Por lo que volvemos al planteo de inicio, ¿cuál es la finalidad del régimen aplicable en las contrataciones públicas? y ¿cómo juega la aplicación del régimen común en las contrataciones reservadas, que se regulan excepcionadas?

Para esto último, y siguiendo las enseñanzas del profesor Comadira<sup>17</sup>, nos centraremos en la posición que se alcanza por medio de la Jurisprudencia del más alto tribunal del país en el caso "OCA S.A.", un precedente destacable que apunta al camino propuesto.

<sup>17</sup> Comadira, Julio R., "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento", comentario al caso "OCA", ED del 13-04-1998 (Serie Especial de Derecho Administrativo).

#### IV. EL CONTROL EN LAS CONTRATACIONES RESERVADAS. EL CASO "OCA".

Las contrataciones reservadas gozan de una serie de excepciones a los regímenes comunes y permanecen en una tensa relación con el ordenamiento jurídico común, como hemos visto. En nuestro país esto se advierte especialmente en las distintas normas a las que hemos hecho referencia y otras como las de los Servicios de Inteligencia, de Seguridad, de Investigaciones u otros ámbitos, las que directamente son desconocidas porque no han sido publicadas y no están al alcance de la ciudadanía.

Sin perjuicio de ello y en el marco de este contexto normativo, analizaremos el caso "OCA", donde la Corte Suprema somete el régimen contractual reservado o "secreto" al cumplimiento del principio de legalidad, un avance jurisprudencial que va más allá del ordenamiento.

El caso se trataba de la impugnación sobre la validez de la Resolución N° 320, de la Secretaría de Inteligencia de Estado del año 1990, por medio de la cual se revocó la prórroga de un contrato con la empresa Organización Coordinadora Argentina (OCA), para el transporte de valijas postales con documentación confidencial hasta las delegaciones provinciales. La revocación se efectuó con fundamentación en que el acto había sido celebrado por error, sin haberse efectuado el previo estudio de la propuesta respectiva ni justificado la modificación del precio estipulado en el contrato original, esta modificación era un 858% mayor del precio básico a moneda constante.

Vía el recurso de queja se llega a la Corte, la empresa argumenta que no correspondía la revocación porque no existían vicios en la voluntad de la Administración al contratar, que se habían ponderado adecuadamente los contenidos de las estipulaciones del convenio de prórroga durante las tratativas, y por otra parte que la causa penal instruida a raíz del exceso del nuevo precio había concluido con el archivo del expediente por no haberse acreditado la existencia del dolo.

La Corte deja sin efecto el fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que confirmaba la sentencia de primera instancia que había admitido la demanda tendiente a obtener el pago del remanente del precio del contrato premencionado, y confirma de éste modo la validez de la norma administrativa recurrida por entender que el negocio fue celebrado en contravención con lo dispuesto en la Ley N° 19.549, en cuanto a la existencia de vicios en los elementos causa, procedimiento y finalidad y por otra parte sin estudiarse debidamente la propuesta y sin estipularse el porqué del precio que se estimó más conveniente y razonable conforme lo exigía la Ley de Contabilidad.

Textualmente sostiene la Corte en el párrafo octavo: "Que todo supuesto de exención a la de subasta pública obliga con mayor razón a justificar en las actuaciones la relación entre el precio de los bienes y servicios contratados y los de plaza y a explicar, en su caso, por qué aquel difiere de estos; según lo establecido con carácter general en los apartados c), d) y e) del inciso 30 de la reglamentación al Artículo 61 de la Ley de Contabilidad, aprobada por el Decreto N° 5.729 de 1972. Tanto más si la contratación directa se funda en la necesidad de mantener la reserva sobre determina-

das operaciones del gobierno, ya que el secreto sólo rige respecto de ciertos actos en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correlativo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales se decide y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, la de contratar; pues aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos”.

Está muy claro el juicio de la Corte, “ya que el secreto sólo rige respecto de ciertos actos en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad”, criterio acertado de que se someta el accionar estatal, aún reservado, al régimen de legalidad como lo destaca también el Dr. Comadira<sup>18</sup>, cuando comenta el tema.

Exige así, en el concreto caso, la justificación, la motivación razonada en la toma de decisión de la Administración, la exposición de las razones que permitan entender y explicar la diferencia entre los precios de los bienes y servicios que contrató la SIDE y los vigentes en la plaza, la necesidad de fundamentar el porqué se aceptó la diferencia de precios. Es importante recordar que previamente la empresa había intentado un nuevo contrato que obtuvo dictamen contrario del servicio jurídico permanente. Así lo explica el párrafo décimo que textualmente dice: “Que tales recaudos no se cumplieron en el caso. En efecto, de las constancias del expediente administrativo agregado a la causa resulta que, en abril de 1988, la empresa solicitó la recomposición del precio del contrato originario en un 65%, por considerar que el ajuste derivado de la cláusula respectiva se había tornado insuficiente. Dicha petición fue considerada desfavorablemente por el servicio jurídico del organismo, el cual, en el dictamen correspondiente, señaló que la interesada debía explicar en detalle cuáles eran los mayores costos de prestación del servicio, por lo que ésta presentó un estudio de costos en junio de 1989. No obstante, por nota fechada el 17 de agosto de ese año manifestó que desistía de su pedido de reajuste del 65%, mientras que mediante otra nota de la misma fecha propuso prorrogar el contrato originario por un año con otro precio básico. Finalmente, a raíz de lo informado por el Director ‘83’

<sup>18</sup> También existen discusiones sobre la causa en el derecho administrativo: comp. Comadira, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento”, nota al fallo de la CSJN “OCA S.A. c/ SIDE (S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado)”, *ED*, 177: 749 (1998), Boque Oliver, pp. 75-6. En todo caso, independientemente de la denominación, la falta de causa o sustento fáctico determina la nulidad del acto: CSJN, Solá, *ED*, 178: 224 (1997), con nota de Cassagne: “Una sentencia trascendente de la Corte Suprema que declara la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo”, *ED*, 178: 687.

con relación a la conveniencia de proseguir contratando los servicios referidos, el Director '56' requirió que se confeccionara el contrato de prórroga en los términos que se indican en la última de las notas indicadas, es decir con otro precio máximo que significaba un incremento del 858% (ver fs. 1498 y 1504) que, sin más examen de la cuestión, fue suscripto el 9 de octubre de 1989".

La Corte marca lo irregular del procedimiento seguido previamente, el sentido del dictamen legal en el primer intento formulado por la empresa y el segundo camino que toma; no explicando el tópico de los mayores costos que le requiriera el organismo jurídico y optando por una prórroga del contrato en lugar de un reajuste. Pero en esa prórroga se determinó el nuevo precio cuya demasía genera las controversias.

En cuanto a la voluntad, el Tribunal siguiendo el criterio de jurisprudencia anterior relativiza la autonomía de la voluntad en el campo de la contratación administrativa "pues aquellas están de ordinario subordinadas a una legalidad imperativa".

El contrato en general se forma por la concurrencia de dos voluntades; una de ellas, la de la Administración, sujeto imprescindible en el contrato administrativo, pero que no se encuentran en pie de igualdad con la otra parte. Una de las características justamente es la desigualdad de las partes, que nace del régimen de prerrogativas de que goza la Administración frente al cocontratante, las denominadas prerrogativas públicas, característica que lleva justamente a una mayor exigencia del cumplimiento de la legalidad para evitar la arbitrariedad.

Otros elementos que se marcan como viciados son la causa y la finalidad. Así dice la Corte que en este caso debió cumplir el procedimiento, acreditar la causa, y ser coherente con la finalidad que persigue el órgano, lo que entiende, en el caso concreto, no se hizo.

La causa, recordamos, es un elemento de la legitimidad del acto administrativo, reposa sobre una justificación que lo fundamenta racionalmente. Ello es así tanto si estamos ante facultades regladas como discrecionales. El acto es irrazonable y con ello insanablemente antijurídico cuando desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe. Se puede denominar a esto control de los hechos o motivos determinantes, o teoría de la causa; pero cualquiera sea la terminología, es unánime la conclusión de que el acto se encuentra viciado de nulidad, tal y como lo sostiene el profesor Gordillo<sup>19</sup>, en análisis de este elemento.

Esto es lo que se trae a colación en el párrafo octavo, la necesidad de rendir cuentas de las causas de hecho y de derecho que afectan la forma de manejo de los fondos públicos. Como sabemos la causa que ha sido un elemento que tardó un poco de la mano de diversas discusiones en doctrina en ser recepcionado en nuestro orde-

<sup>19</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Capítulo IX., "Vicios de la voluntad", 4 tomos, 5ª ed. reimpresión, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. 34 y sigs.

namiento, pero hoy es un elemento esencial que hace a la validez del acto y por ende del contrato administrativo.

Y el otro elemento a que hace referencia la Corte es la finalidad, concretamente en el noveno párrafo de la sentencia comentada que transcribo: "Que al respecto cabe poner de manifiesto que la competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira para la cual fue atribuida, que es la de contratar el precio más conveniente y razonable; por lo que de acuerdo con el Artículo 7º, inciso f) de la Ley Nº 19.549, excede su poder el funcionario que fija con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio".

El control de la finalidad viene asociado a la figura de la desviación del poder. El uso del término desviación de poder (*détournement de pouvoir*) fue introducido por León Aucoc<sup>20</sup>, refiriéndose a la desviación del poder de policía conferido a la Administración en la que el agente administrativo incurría usando su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos para los cuales tal poder les había sido conferido.

Laferriere<sup>21</sup> fue el que realizó la primera y fundamental teorización de este tema, en su libro lo trata junto con la incompetencia, el vicio de forma y la violación a la ley en uno de los motivos de impugnación clásicos del recurso por exceso de poder, definiéndolo, éste autor, en 1896, como el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido y hacerlo servir a fines para los cuales no estaba destinado; Duguit<sup>22</sup>, entre otros autores, también ha desarrollado el concepto marcando su importancia.

Al destacarse que el problema del abuso no es exclusivo del derecho administrativo, en España González Navarro<sup>23</sup> sostiene que la "desviación de poder" no es sino la versión administrativa de una unidad jurídica de aplicación del derecho en general, "el fraude a la ley", remitiéndose como corroboración de su criterio a conceptos de Jaime Guasp en el libro titulado *Derecho*<sup>24</sup>, donde con el título de "Fines jurídicos

<sup>20</sup> Aucoc, León, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, Leon París, Dunod Editeur, p. 467.

<sup>21</sup> Laferriere, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ª ed., París, 1986, vol. II, p. 548.

<sup>22</sup> Duguit, Leon, *Les transformations du Droit Public*, A Colin París, 1913, p. 285.

<sup>23</sup> González Navarro, Francisco, "Derecho Administrativo Español", *El acto y el procedimiento administrativo*, Pamplona, Navarra, Ed. EUNSA, 1997, p. 438.

<sup>24</sup> Guasp, Jaime, *Derecho*, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1971, pp. 370-382, citado por González Navarro: "[...] los ejemplos citados por el autor prueban que el fraude a la ley se da en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico: a) *Derecho Internacional Público*: guerra que no se hace para dirimir un conflicto internacional auténtico sino para dar salida a una dificultad interior, para lo que el instituto de la guerra no está pensado jurídicamente"; es evidente que en tal caso "no se está ya ante una guerra justa o injusta sino ante una utilización del aparato bélico para la consecución de un objetivo que no es el suyo propio sino que es, con relación a su tendencia específica, una verdadera anomalía [...]" ; "b)

anormales" este autor estudia lo que él denomina verdaderas enfermedades del derecho, el abuso y el fraude que ataca a todos los ámbitos jurídicos, citando para ello ejemplos de las distintas materias.

En el control judicial de la legalidad sobre el elemento finalidad se avanza más allá del acto ajustado a la legalidad extrínseca; el vicio de invalidez se plantea por no responder en su motivación interna al sentido teológico de la actividad administrativa orientada en la promoción del interés público y sometida a ineludibles imperativos de moralidad pública.

Este control de la Corte marca así un panorama alentador en el control de estas cuestiones tan claras a la sociedad para lograr un mejor funcionamiento del sector público.

### CONCLUSIONES

Consideramos que para cumplir con lo dispuesto en la Constitución, en la función política del Estado, si se ha elegido el sistema democrático y el principio republicano, como es el caso de nuestro país, las normas reglamentarias deben ajustarse y someterse al ordenamiento piramidal enseñado por Kelsen, pero no lo decidimos por puro formalismo, sino porque creemos firmemente en que así debe funcionar el sistema instaurado. En el caso concreto aplicar las convenciones y tratados, a las que hacemos referencia, como el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que exige transparencia en las contrataciones públicas.

Y además tomando el principio de juridicidad debemos alentar la ejecución de los principios derivados del ordenamiento y específicos para el caso en tratamiento, como los de publicidad e igualdad; deben aplicarse por todas las instituciones del

*Derecho Internacional privado*: el caso de aquel particular que se domicilia fingidamente en un país que no es el suyo para obtener ciertas ventajas anormales o hacer que otro experimente perjuicios que en realidad no deberían pesar sobre él [...]; "c) *Derecho Tributario*: el contribuyente que deforma sus relaciones jurídicas para obtener ciertas ventajas fiscales comete lo que ha pasado a ser el fraude público por antonomasia [...]; "d) *Derecho civil*: la libertad contractual en particular, en que tan ampliamente rige el dogma de la autonomía de la voluntad, es un emplazamiento óptimo para las maniobras de ésta clase: por el camino de la reserva en virtud de razones de confianza, a través de los llamados negocios fiduciarios, es posible desembocar en un resultado aparentemente intachable, pero que encubre soluciones definitivamente ilegales; las manifestaciones de fraude civil son prácticamente infinitas y la lucha contra él, extremadamente difícil, ya que el fraude va continuamente situándose en trincheras cada vez más remotas a medida que va teniendo que abandonar aquellas en que ya ha sido descubierto [...]; "El fraude consiste en contrariar con un cierto resultado jurídico admisible de suyo la significación reconocida de otra figura jurídica [...] en el fraude, a diferencia del abuso, el mecanismo defraudador es de suyo irreprochable porque en nada revela en su fin que puede originar un resultado que debe considerarse como anormal. Sólo abandonando su fin propio y examinando otras situaciones a las que la anterior afecta se ve hasta qué punto era artificial e inexistente aquella aparente normalidad. Por eso, mientras que el que abusa del derecho, simplemente lo violenta, el que defrauda el derecho lo que hace en realidad es estafarlo".

Estado, incluidos los entes especiales de reciente formación. Sobre este punto, y en una pequeña disgregación, me permito comentar sobre el desorden que se advierte en la creación de los entes públicos con formas que cada vez nos cuesta más entender, enseñar y estudiar porque adoptan complicados sistemas que sólo demuestran la prodigiosa creatividad de los legisladores y funcionarios administrativos, para dificultar su funcionamiento y hacer ininteligible el régimen jurídico aplicable, sobre los cuales y aunque no es nuestro tema de hoy, propiciamos se desarrollen técnicas de mayor sencillez y eficiencia.

La tecnología actual aplicable a los programas gubernamentales de contrataciones ha evolucionado mucho en este sentido, y aparecen así la creación de sitios web de publicación de contrataciones administrativas, de acceso público, que permitirían una mayor revisión y control, así como la confección de pliegos estándares que facilitan la gestión del comprador y del proveedor y lógicamente el control. La implantación de sistemas informáticos de control inter cruzado, con datos relevantes de la gestión de compras, de las contrataciones estatales nos da la posibilidad de obtener mayor información y conocer qué hace cada oficina pública, profundizada entre otras normas con el nuevo Régimen de Administración Financiera.

El control de la gestión pública debe efectuarse no sólo por los organismos públicos sino también por parte de la comunidad, la fiscalización de la actividad de la Administración pública de los recursos por medio del control social es muy importante, tema que destaca el profesor Comadira; la participación que puede y debe darse a la ciudadanía a través de las audiencias públicas, el acceso a la información, la consagración del interés simple para la legitimación en el acceso al procedimiento (por ejemplo, el caso del Decreto nacional N° 1.172/03).

En conclusión, en el marco del Estado de Derecho, y en el contexto de un sistema democrático, es necesario transparentar el accionar estatal en general y el de los contratos de la Administración en especial.

A este panorama actual de una exigencia para una mayor transparencia en la contratación estatal en general, motivada en los nuevos ordenamientos y tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, debemos sumar las particularidades de la declaración de secreta de la contratación.

Los fondos que se manejan en estos contratos en forma reservada o secreta, al eximirse del régimen jurídico común, sólo generan sospechas que aumentan ante la imposibilidad de control de los órganos del propio poder público y de la ciudadanía en general.

El sistema democrático exige que el poder político y su instrumentación administrativa se encuentren limitados por el ordenamiento (normas y principios) y que se someta a los controles estables y permanentes con la mayor independencia posible de los órganos controladores para asegurar la juridicidad, certeza, corrección y efectividad.

La sociedad tiene el derecho y deber de exigir rendiciones de cuentas en el uso de los fondos estatales. El Estado también tiene el deber y el derecho de dar a conocer todos los actos y cumplir con el mandato asignado.

Por supuesto que en toda esta propuesta no podemos olvidar a los funcionarios y agentes públicos, a las personas que son las que realizan las contrataciones administrativas, quienes en realidad, en forma personal, eligen cumplir o no con la ley, desatender la actividad contractual regularmente, usar las prerrogativas públicas consciente y fielmente, evadir o no las responsabilidades que se desprenden de dicha actividad; y por el otro, como decíamos, el ciudadano interesado en el control social eficaz frente a la contratación estatal.

Ni tampoco a los Poderes en sí como institución, por un lado el Poder Ejecutivo con las funciones de presupuestación del gasto (lo que implica la distribución por partidas presupuestarias): asignarle el carácter de reservadas y responsables del proceso de contratación para la adquisición de bienes y servicios. El Poder Legislativo, que tiene atribuidas las funciones normalizadas de aprobar las leyes secretas, las relativas a los créditos presupuestarios, y de controlar al gobierno y la Administración, y en tercer lugar el Poder Judicial, quien debe verificar la juridicidad del accionar estatal. Si estas funciones así reguladas se cumplieran, muchos de los problemas se obviarían.

Como en casi todos los institutos que estudiamos en nuestra materia, aquí debemos volver a reforzar la búsqueda del equilibrio, no abuso, no exceso, entre la vigencia del interés público, el interés común, "la necesidad", "la seguridad nacional", que no pueden negarse que existen, pero no se debe abusar de ellas. Debe también equilibrarse la vigencia de la democracia, el principio republicano de gobierno y buscar más mecanismos de participación ciudadana en el control de la administración de los bienes y fondos públicos, que no son privados de ningún funcionario. No debe aprovecharse el concepto de reserva, para operar y opacar la transparencia que debe fijarse en la contratación pública, propiciando nidos de corrupción y generando perjuicio en el patrimonio de todos.

Es necesario entonces promover una cultura de participación y control en la que deben implicarse, en primer lugar, las instituciones públicas mediante la implementación de políticas activas, y correr los velos de las prohibiciones y reservas aplicando la mayor transparencia y rigor en la administración de los recursos que la sociedad pone a disposición de los gobernantes.

#### Bibliografía

- Abad Hernando, Jesús, *Estudios de Derecho Administrativo*, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.
- Altamira, Pedro G., *Curso de Derecho Administrativo*, ed. póstuma, Buenos Aires, Depalma, 1971.

- Barra, Rodolfo, "La sustantividad del Contrato administrativo", *tercia en la disputa Mairal, El Derecho*, Buenos Aires.
- Barraguirre, Jorge A., *Derecho Administrativo*, Visión jurisprudencial, Juris Rosario, 1993.
- Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da edición, Buenos Aires, 1980, p. 189.
- Bianchi, Alberto B., "Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)", Primera parte, *Diario ED*, de fecha 28 de octubre de 1999, N° 9886.
- "BID, Políticas básicas y procedimientos de adquisiciones del BID", publicación del BID, Washington DC, USA, 1995.
- Bielisa, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ateneo, 1966
- \_\_\_\_\_, *Estudios de Derecho Público*, Tomo IV, Buenos Aires Depalma, 1962.
- Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo*. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998
- \_\_\_\_\_, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires Abeledo Perrot.
- \_\_\_\_\_, *Derecho Administrativo*, Tomos I y II, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Comadira, Julio R., "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo e cumplimiento", comentario al caso "OCA", *ED* del 13-04-1998 (Serie Especial de Derecho Administrativo).
- De Laubadere, André, *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, París, Librairie Générale de Droit et jurisprudence, 1955.
- Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2 tomos, Buenos Aires, Bibliográfica Ormeba, 1965.
- Dromi, Roberto J., *Derecho administrativo*, 8ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000.
- Farrando (h.), Ismael y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, reimp., Buenos Aires, Depalma, 1999.
- Flores Dapkevicius, Rubén, *Manual teórico Práctico de contratación administrativa*, Buenos Aires, B de F, 2003.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1984.
- Gelli, M. Angélica, "El secreto en el Poder y las debilidades de la República 04-10-2004, ver [www.infobaeprofesional.com/interior/nota3cols.html](http://www.infobaeprofesional.com/interior/nota3cols.html) - 385k.

- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4 tomos, 5ª ed. reimpresa, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Gianillo Ocampo, Raúl, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- Idarraz, Benigno y otros, *Derecho Constitucional y Administrativo*, Córdoba, Epecor, 1999.
- Linariés, Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- Luis Cayuela, Sebastián, *Los contratos de las Administraciones Públicas*, España, Ed. Estudios Financieros, 1997.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974.
- Parejo, Luciano, *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel.
- Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2005.
- Sarmiento García, Jorge y otros, *Derecho Público*, 2ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina en coedición con la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, 1998.

#### **Jurisprudencia**

CSJN, 17-02-1998, "S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia del Estado".