

Título: [Transparencia en la gestión de las contrataciones públicas: información y conductas asociadas](#)

Autor: Torres, Hugo I.

Publicado en: [SJA 09/05/2012, 09/05/2012, 3 -](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/6800/2012](#)

Sumario: I. Introducción: publicidad, secreto, silencio y opacidad.— II. Acciones de transparencia previas a la publicidad.— III. Conductas de transparencia durante el procedimiento de selección.— IV. Transparencia en la ejecución del contrato.— V. Hacia una definición amplia del concepto "transparencia" en el procedimiento contractual

I. INTRODUCCIÓN: PUBLICIDAD, SECRETO, SILENCIO Y OPACIDAD

La idea de un concepto más integral de la transparencia implica necesariamente la de su evolución. En este estadio, transcurridos hoy más de quince años de su consagración legal como principio específico de la contratación pública, mediante la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (en adelante, CICC) a través de la sanción de la ley 24759 [\(1\)](#), ya no cabe interpretarlo simple y solamente a través de una significación accesoria de la actuación gubernamental, como un calificativo del procedimiento contractual, como una connotación adicional a la publicidad que se reduzca a hacer posible la visibilidad de convocatorias a contrataciones. Similares prescripciones establece la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, también internalizada en nuestro sistema legal mediante la ley 26097 [\(2\)](#), la que con mayor profundidad y detalle estipula, en su art. 9, diversas medidas concretas, basadas en la transparencia y la competencia, como la difusión de información pertinente y oportuna sobre licitaciones y procedimientos de contratación pública, inclusivas de los criterios de selección y adjudicación de las propuestas. Tales anuncios, además, deben resultar necesariamente calificados por su oportunidad y alcance: ya no se trata de atisbar una sucinta referencia a poco más que el objeto y la fecha de apertura de procedimientos de contratación a través de un sitio web, y de que cualquier persona pueda acceder a tales datos preliminares. "La publicidad —explica la Dra. Miriam Ivanega— es el principio general, en la medida que los actos de la autoridad deben ser comunicados a la opinión pública para que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de su contenido, de su

gestación y de su concreción. Esto les permite ejercer su control. La necesidad de publicidad se fundamenta por una parte, en la responsabilidad de los funcionarios, que exige el conocimiento de su gestión política y por la otra, en la libertad política que impone a los gobernantes subordinar sus potestades al control de los ciudadanos, lo cual requiere que se conozca qué hacen y cómo lo hacen" [\(3\)](#). No puede ni debe, entonces, reducirse el análisis de esta cuestión al mero hecho de publicar el llamado a contratación en la forma y los medios mínimos establecidos en la normativa o, simplemente, gestionar un trámite contractual en tiempo propio y razonable: deberíamos pretender ahora que se tiendan a profundizar las acciones de transparencia para que éstas no se estanquen en el mero anuncio del lanzamiento. Semejante proceder reduccionista no produciría otra cosa que la admisión de una mera apariencia, una simulación o disimulación de la honestidad pretendida por el pueblo y por las leyes.

En este orden, resulta un fenómeno muy común de estos días observar en los medios de comunicación cómo empresas, programas periodísticos y hasta los canales televisivos mismos enarbolan la transparencia como uno de los valores superiores de sus acciones y contenidos. También los actores de la actividad política y las distintas esferas de gobierno en los tres poderes de cada Estado predicán igual valoración de las suyas. Esta multiplicidad de enunciaciones tiene lugar de un modo en que se da por sobreentendido el alcance y los contenidos de su definición. Ensayaremos entonces un intento de desentrañar esta noción y sus consecuencias prácticas, convocando para ello la opinión de autores contemporáneos y del pasado —pero evitando, a la vez, reiteraciones ociosas con éstos, profundizando sólo en lo menos explorado— y teniendo especialmente en vista las normas y las conductas de los órganos que encarnan el sector público.

Hubo en la ciencia política un pensador renacentista, opacado casi hasta la desaparición por sus contemporáneos Maquiavelo, Castiglione y Gracián [\(4\)](#), llamado Torquato Accetto que, siendo él mismo funcionario de un principado de entonces, produjo un pequeño tratado de interesantes reflexiones filosóficas, no estrictamente jurídicas, al uso de la época entre tales autores, que nos ha de aportar algunos elementos valiosos para las nuestras. Denominó a su obra más importante, en sugerente título, "La disimulación honesta" —1641— [\(5\)](#) y, en lo que nos interesa aquí, realiza una distinción fundamental entre la actuación prudente del administrador y el ocultamiento, entre simulación y disimulación,

entre verdad y silencio, entre la imagen y lo que hoy mentamos como opacidad, nueva designación para la caracterización de la falta de transparencia en la actuación del Estado. "Posiblemente no exista ninguna cultura que no haya condenado de alguna forma las diferentes acciones vinculadas con el falseamiento y ocultamiento de la verdad", nos ilustra el prologuista, señalando que de la equiparación entre verdad y bien surge aquélla como la norma que debe regir la vida de la comunidad [\(6\)](#); para puntualizar luego que el par conceptual simulación/disimulación son de origen latino, *simulatio* y *dissimulatio*, adquiriendo como significados más generalizados los de engaño y ficción, respectivamente [\(7\)](#). Se señala allí a ambos como igualmente condenables, así como a la difamación, la mentira y la hipocresía. Pero es el propio Accetto el que introduce la definición canónica de ambos conceptos: "La disimulación es la acción de no hacer ver las cosas como son. Se simula lo que no es, se disimula lo que es" [\(8\)](#). Refiere el tratadista a su empleo como el arte de gobernar a partir del engaño (simulación) y el secreto (disimulación), en vista de la avidez de ganancias y la ingratitud de los hombres que ejercen ese gobierno. Cabe aquí recordar que, en nuestra legislación, específicamente en lo referido a contrataciones, el secreto o reserva constituye un instituto limitado, excepcional, condicionado a razones de defensa nacional o seguridad pública, cuya competencia indelegable sólo puede ejercerse a través de un decreto del Poder Ejecutivo nacional [\(9\)](#), en tanto en el procedimiento administrativo en general se diferencia también éste del silencio, largamente desarrollado a partir del tipo figurado en la ley 19549 [\(10\)](#). Conviene aquí sumar las reflexiones que desde la sociología de las organizaciones nos trae el profesor Claude Giraud, al decir que el secreto es "aquello que parece no querer ser... lo que se beneficia de la sombra y se parece a sí mismo. Sin embargo, tiene razón de ser sólo en relación con los otros... porque el secreto es portador de información" [\(11\)](#). Este autor señala que las prácticas del secreto resultan hoy condenadas en Occidente "...dado que parecen contradecir el sueño de transparencia de las sociedades democráticas como la utopía de una sociedad sin barreras y sin violencias, frente a una información que sería libre y a relaciones que deberían ser abiertas. El secreto sería, en efecto, percibido como un obstáculo al acceso a la información para todos aquellos que lo desean, independientemente de las razones que los animen. Pues este acceso a la información es, en nuestras sociedades, más pensado como un bien público que como un peligro, a pesar de toda la ambigüedad que acarrea su empleo. Existiría entonces un rechazo al secreto en función de los riesgos a los que estaría asociado". Con el destacado

sólo pretendemos llamar la atención sobre aspectos valorativos que sostenemos y que entran en contradicción con alguna actuación administrativa que luego analizaremos. No escapa a este profesor qué segmentos de secreto pueden participar del bien público a resguardar, como el derecho a la protección de datos personales, a la privacidad de la relación con el profesional de la abogacía o la medicina; mas nunca debe alcanzar el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos. "El secreto no es sólo condenado en nombre de su contrario, la transparencia; es, en efecto, a veces simplemente negado, o más exactamente su posibilidad es negada. Entonces es considerado un mal anterior, una enfermedad social y política a la que no se le pudo poner fin. El secreto es pensado como el síntoma de las 'sociedades cerradas', según la expresión del filósofo Karl Popper —1979—, en oposición a las 'sociedades abiertas' o democráticas... todo individuo y toda institución tendrían una tendencia a poner en secreto informaciones relativas a sus propias situaciones o a aquellas de un conjunto social, sea porque se referirían a prácticas de decisión, de gestión, de gobierno, que se deben proteger, sea incluso porque su carácter resultaría licencioso o condenable a los ojos de la ley, por ejemplo"[\(12\)](#). Apunta luego que en las organizaciones, especialmente las burocráticas, el secreto no se reduce a lo oculto, sino que se comprende igualmente como una estrategia, es decir, una orientación, y reconoce que los ejercicios del secreto en principio fueron prácticas institucionales que se correspondían con una concepción de autoridad, cuyo sentido estaría originado en una preeminencia del Estado sobre el conjunto de la vida social, inversa al esquema de valores que hoy pone a ese mismo Estado al servicio de ésta: "No dar cuenta de las razones en el origen de una decisión iba de suyo. El secreto de Estado corresponde a esta concepción de la trascendencia de las instituciones del Estado por encima de la sociedad civil y los intereses individuales... El desarrollo contemporáneo de las reglas del derecho da cuenta de las transformaciones de la concepción de las prácticas del secreto... Así, a partir de la ley del 17/7/1978, en Francia, el secreto se convirtió en la excepción para la administración francesa, que debe justificar las negativas a informar sobre los documentos que le son requeridos. Un organismo independiente, la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA), está encargada de velar por el respeto de esta libertad pública"[\(13\)](#). Volviendo a Accetto, salto en el tiempo que nos proponemos sirva para contrastar las concepciones que describimos, éste se amparaba para pronunciarse a favor de semejante ejercicio de prudencia, la disimulación, en cierto arte de la

supervivencia, o ars vivendi, en días en que a los pensadores-burócratas el disenso podía costarles el destierro, como a Maquiavelo, o la muerte de horca y hoguera, como a Savonarola [\(14\)](#). Para Accetto, "...el cuidado del esconder nació casi con el mundo mismo...", como "...el arte de coser la piel del zorro donde no es suficiente la del león...". Saber simular y disimular ocupaba así el lugar de una verdadera técnica de acción política e, incluso más, el de una concepción, una clave de interpretación del Estado y del mundo de entonces, desplegando la supremacía del parecer por encima del ser, a pesar de la gentileza de los modos y la cortesía de las maneras. Castiglione enseñará que el ser cortesano —equivalente al funcionario de hoy— se convierte en una profesión que no descarta la disimulación, presentada a veces bajo el celo de cierta urbanidad, que hasta configura una "estética del comportamiento", como puntualiza el comentarista [\(15\)](#). Nuestra atención en consecuencia deberá fincar en distinguir, según pretendemos, la transparencia real de esa estética o disimulación. "Nunca es lícito abandonar la verdad", sentencia Accetto para nuestra época desde el título de su tercer capítulo. De nuevo con Giraud, nos parece importante transcribir para nuestra hora un párrafo en el que señala que "la opacidad ha sido denunciada de modo constante por los sociólogos y los que gestionan como un factor de fracaso en los procesos de cambio que se refieren a las organizaciones... Fue condenada porque se supone que ignoraba al hombre en el seno de la organización. Fue condenada finalmente porque se la pensaba como una máscara de manipulación y de dominación, contrariamente a lo que propongo aquí. Esta confusión tenaz entre opacidad y secreto descansa sobre un postulado de dos caras. El secreto es una máscara de una verdad que se esconde y que importa develar. La mentira o el travestimiento es su estrategia"[\(16\)](#). Así, la disimulación, aunque se la pretenda honesta, deja de ser legítima cuando la manda superior de la ley y los principios jurídicos o valores vigentes en una sociedad, en un momento dado como el presente, requieren —a nuestro entender— del máximo celo en permitir a la sociedad adquirir un conocimiento pleno y oportuno de las acciones y las decisiones del Estado, en su sentido más lato, especialmente en el siempre sensible segmento de la aplicación de fondos públicos a través de sus contrataciones.

La licitación: ¿único remedio eficaz?

Al momento de elegir un tipo de procedimiento de selección, la licitación pública es el que sin vacilación permite reflejar con mayor claridad la disposición y el uso de los fondos

estatales por parte de los organismos y las empresas públicas y, hoy, como regla general de aceptación casi universal y de validez jurídica expresa a través de su institución como tal por el art. 24, dec. delegado 1023/2001 [\(17\)](#), es también el que garantiza más íntegramente el principio de transparencia, ya que contiene y hace visibles el debido respeto —o su conculcación— de los principios de legalidad, publicidad, competencia, razonabilidad y responsabilidad a través del control de la actividad contractual administrativa. Mucho se ha escrito, obras enteras [\(18\)](#), acerca de la licitación pública; no vamos a repetir en este lugar esos estudios, basta sólo citar la opinión de la Dra. Miriam Ivanega, con la que coincidimos, cuando sitúa el dispositivo licitatorio plural en relación con la transparencia, en estos términos: "Es indudable que el procedimiento administrativo que, principalmente, responde a la aplicación de este principio, es el de la licitación pública... sin embargo, la transparencia es una regla que no puede predicarse en forma exclusiva respecto de este procedimiento, pues resulta de aplicación a toda actividad estatal y por ende a todo mecanismo de selección: licitación o concurso privado, contrataciones directas, subastas, remates"[\(19\)](#). Sostiene a continuación Ivanega que, "en general, entonces, los principios que informan el procedimiento licitatorio no le son exclusivos, sino que por extensión interpretativa o analógica se aplican también a los demás sistemas de selección", anotando aquí esta autora la doctrina señera de la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 199:119, a la que igualmente remitimos. Y concluye: "Desde otro ángulo, es indudable que el cumplimiento del principio de transparencia en la primera etapa de selección del contratista incidirá directamente durante la ejecución, pudiendo invalidar todo lo actuado no obstante el estado de avance o trámite del acuerdo. En síntesis, la formación del contrato supone un procedimiento cuya legitimidad lo trasciende, para proyectarse en el contrato propiamente dicho". Así lo consagra el párrafo de cierre del art. 3, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, dec. 1023/2001, cuando al concluir la enumeración de los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones —en cuyo inc. c fija el de "transparencia en los procedimientos" — establece que "desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden". Nuestro destaque obedece al interés de este trabajo: cada segmento, cada aspecto, cada tramo del proceder público deberá —no usa la norma un término facultativo sino una manda obligacional— estar signado por una rigurosa

observancia de todos ellos y, entre ellos, el principio de transparencia del mentado inc. c. Y de nuevo Ivanega: "Es así como debe entenderse a toda contratación pública: su formación y su ejecución no deben dejar lugar a incertidumbre alguna, los objetivos propuestos, los medios para alcanzarlos y los resultados obtenidos deben surgir en forma precisa y evidente... Desde este punto de vista, hay que reconocer la vigencia de este principio desde la decisión misma del Estado a contratar, hasta la finalización del contrato"[\(20\)](#). Hemos de sugerir entonces qué medios y modos nos parecen adecuados para concretizar estas aspiraciones, de manera que no se diluyan en enunciados, en anuncios gubernativos que remonten a la disimulación florentina, sin calar en los hechos concretos del procedimiento contractual.

Para comenzar, creemos necesario traer a colación que no es menos cierto que las diversas fórmulas que agrupa en el régimen federal —y, de manera similar, la mayoría de las legislaciones locales— la designación de "contratación directa", a través de los distintos apartados del art. 25, inc. d, dec. delegado 1023/2001, y su correlato reglamentario —aunque anterior en el tiempo—, art. 26, dec. 436/2000, puede inducir a equívoco, ya que no todas ellas remiten a la libre elección de un cocontratante en particular, sin pluralidad de postores. De hecho, la reglamentación de una de estas figuras cuantitativamente más utilizadas en la práctica contractual administrativa, la adquisición o prestación de monto estimado inferior a \$ 75.000, obliga a la unidad operativa de compras y contrataciones (en adelante, UOC) a requerir una cantidad mínima de ofertas a través de tres invitaciones [\(21\)](#) y a su anuncio en la página web del sitio oficial de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), pesando a su vez sobre este dispositivo la también obligatoria admisión de ofertas provenientes de proveedores o prestadores que no hayan sido convocados a la puja [\(22\)](#). Venimos expresando desde hace algún tiempo en diversos ámbitos [\(23\)](#) la necesidad de diferenciar conceptualmente en este punto aquellas contrataciones carentes de competencia producto de la falta de pluralidad de oferentes, con las compras y las contrataciones plurales, competitivas, que sólo reciben esa designación por encontrarse por debajo de un umbral económico de menor cuantía respecto del previsto para calificarlas como licitaciones y concursos, sufriendo las connotaciones adversas que su consideración global como tal crea en la opinión del público y en el periodismo no especializado. Esta primera separación, insistimos, será un primer aporte a la claridad conceptual y ejecutiva de la contratación pública.

En consecuencia, con sucesivos aportes de mejor claridad y mayor participación ciudadana creemos que se refuerza y valora el principio de transparencia como un vector superador, en tanto se traduzca en acciones que ofrezcan congruencia con los fines que inspiraron su entronización en el sistema jurídico nacional e internacional. Así podremos predicar su validez autónoma como principio, con concepto y entidad propios, abarcando mayores aspectos que la sola publicidad de los actos del Estado, en sus expresiones central, descentralizada o societaria.

De tal manera, la licitación deja también de ser el único medio idóneo para materializar la transparencia, acompañada de manera complementaria —nunca sustitutiva— por los restantes mecanismos de transparencia que examinaremos más adelante. En este trabajo expondremos algunos ejemplos y reflexiones acerca de las actividades llevadas a cabo en torno a la integralidad o restricción de la aplicación de este principio en las distintas fases del procedimiento de selección y ejecución del contrato administrativo, separando con esta circunscripción para otras instancias de análisis la consideración de diversos ámbitos de aplicación de este principio, como las audiencias públicas y los procedimientos participativos de elaboración de normas y presupuestos, entre los de mayor notoriedad.

En ese orden, entrando de forma liminar en la materialidad del concepto, podemos fácilmente arribar a la conclusión primera de que cuando hablamos de transparencia, hablamos de información como herramienta esencial en la articulación y la concretización de políticas públicas. Esa información no sólo deber ser veraz sino también oportuna: un anuncio fehaciente pero incompleto o tardío, es decir, falto del tiempo necesario para permitir la participación apropiada y un meditado análisis del interesado, sea ofertando, sea impugnando, sea opinando acerca de los términos de un pliego complejo o de importante magnitud económica, es un anuncio inútil, una mera formalidad sin resultado efectivo hacia la realización del principio de transparencia en esa selección, que torna vacía de significado y de propósito la publicidad misma y el medio empleado, frecuentemente una herramienta informática a la que suele adicionarse en los casos mencionados de magnitud dineraria, complejidad técnica o trascendencia institucional algún medio gráfico y el propio boletín oficial de la jurisdicción respectiva.

A partir del conocimiento adquirido a través de distintas experiencias es que encontramos una serie de variables que nos permiten identificar puntos focales dentro de la

gestión contractual, referidos a temáticas de suma especificidad con particularidades que pueden engañosamente presentarse a priori como vacíos a partir de las normas genéricas. Llevar transparencia con estas connotaciones a esos casos particulares resulta siempre en provecho de todos los actores involucrados y promueve además la difusión de innovaciones que de otro modo se perderían en la gran masa de las contrataciones del Estado. Muchas veces, las contrataciones rutinarias, por su homogeneidad o volumen, restan tiempo de análisis a esas otras que ofrecen peculiaridades o dificultades. Incluso su tratamiento o solución también puede quedar atrás si no se comparte con la pluralidad de las unidades operativas de la Administración.

Es en este sentido que nos parece importante abordar también las conductas que se identifican en el desarrollo de la gestión de los procedimientos de selección, no obstante ser alcanzadas en su mayoría por la regulación en materia de contrataciones públicas, con alguna revisión adicional proveniente de la doctrina o de la gestión misma, y que sean aplicables a cada etapa.

II. ACCIONES DE TRANSPARENCIA PREVIAS A LA PUBLICIDAD

a) La programación de las contrataciones

En la antesala de toda contratación es usual encontrarnos con la opinión coincidente de muchos operadores estatales del sistema de compras respecto de qué constituye una práctica común ordenar o crear las necesidades a fin de gastar el presupuesto otorgado en cada programa, especialmente sobre el final de cada año o cuando se acerca el último trimestre y se presentan "bolsones" de subejecución en algunas partidas o proyectos, transformando el último tramo de la aplicación presupuestaria anual en un ejercicio de improvisación y apuro. Se suma, a veces, la falta de definición acabada de lo que se pretende comprar o contratar, resultando de ello especificaciones técnicas incompletas, con su correlato en la demora de los procedimientos —agravándose con frecuencia esta situación en caso de bienes y servicios con algún componente tecnológico específico, que exceda las pautas de los estándares tecnológicos para la Administración Pública; en adelante, ETAP [\(24\)](#)— que aparece a la hora de comparar objetos no del todo definidos, o que dan pie a diversas interpretaciones acerca de su contenido y alcance, que pueden tener que inclinar la decisión de selección en uno u otro sentido, o incluso por el fracaso de la convocatoria.

En esta etapa inicial del circuito contractual es habitual detectar conductas de los operadores del sistema que, debido a la falta de un marco de actuación específica que regule el cumplimiento puntual de la carga establecida en los arts. 4 y 6, decs. 436/200 y 1023/2001, respectivamente, relativos a la programación de las contrataciones, se pueden ver compelidos por comportamientos poco razonables por parte de las unidades ejecutoras de origen y aun de las secretarías sustantivas de Estado que a veces, en forma poco meditada, generan requerimientos que no responden a necesidades programadas del organismo o del proyecto respectivo, solicitando incluso cantidades mayores a las normales a efectos de garantizar una cobertura tanto de bienes como de servicios, en exceso de lo consumido habitualmente.

Es posible también hallar en el contenido de las solicitudes de gasto del sistema SLU el encuadre de la futura contratación en la excepción de urgencia, que habilita al organismo a efectuar un procedimiento de contratación directa sin que en el expediente se acompañe una fundamentación objetiva y suficiente, desnaturalizando el objetivo de este instrumento [\(25\)](#).

Puede ser también habitual encontrar que las UOC no agrupen las solicitudes de contratación de bienes y/o servicios de diferentes áreas requirentes, por negligencia o intención, fraccionando una contratación con la finalidad de evitar la aplicación de los montos máximos fijados para la licitación, en cuyo caso se configura la conducta de desdoblamiento prevista en el art. 51, reglamento 436/2000, salvo en las circunstancias de estímulo al sector pyme que contempla el art. 5, dec. 1075/2001 [\(26\)](#).

En el supuesto de contrataciones que por su naturaleza requieren de un trabajo multidisciplinario que convoque áreas o entes específicos y equívocamente sean elaborados sin las pertinentes consultas, por desidia o por el apremio de los plazos mínimos legales de publicidad, se reprodujeran pliegos de las licitaciones anteriores, la repetición de estas circunstancias, así como la situación de los potenciales concurrentes, se ven agravadas por la ausencia de conocimiento previo producto de la falta de la programación de las contrataciones y su publicidad consecuente.

En respuesta a ello, y ante las dudas que genera su práctica en algunos organismos, creemos que sería prudente instaurar un procedimiento específico para que cada jurisdicción efectúe su plan de contrataciones, como se ha ensayado años atrás mediante el

auxilio del recordado formulario 18 como su canal material. Surge aquí una propuesta instrumental: si todas las entidades y las jurisdicciones cargasen su plan de compras mediante formularios informáticos comunes sobre una base de datos también uniforme sería posible, cada fin de año, publicar en un link de la página web de la ONC, repetible en el sitio de cada jurisdicción y entidad, nada menos que todos los planes de adquisiciones y obras, de servicios y concesiones del ejercicio financiero siguiente. Tal vez llevaría un arduo trabajo inicial de implementación y coordinación, pero sería una herramienta trascendente, un salto inmenso de calidad en lo que hace a la concretización del principio de transparencia en las contrataciones. Y transparencia oportuna: a nadie tomaría por sorpresa, sin tiempo de concretar su participación con la adecuada preparación, ninguna convocatoria relevante. Sin duda que el detalle pormenorizado o "letra chica" de especificaciones y volúmenes no aparecería definido con precisión última en esa instancia, pero pondría sobre aviso a las cámaras empresariales y a los postores habituales en los mercados públicos acerca de los rubros involucrados y los montos estimados, y del trimestre en el cual se tendría que lanzar cada convocatoria para ejecutar los contratos resultantes en cuáles de los siguientes, asociando también de manera anticipada en la práctica de la Administración la cuota presupuestaria de compromiso y de devengado, aunque sea de modo preliminar y sujeta a las alteraciones propias de la mecánica burocrática. Creemos que la diferencia de eficiencia de esta información sería enorme hacia los cocontratantes y hacia el interior mismo de los ministerios, organismos y empresas del Estado. También la puesta en práctica del principio de igualdad se vería beneficiado por la disponibilidad anticipada y abierta a los mercados y a la comunidad toda del destino y la aplicación de los fondos públicos votados en cada ley de presupuesto, al menos en el segmento correspondiente a servicios, obras y suministros [\(27\)](#).

b) La formación del pliego: reserva pareja o elaboración participativa

Los actores que operan el sistema de contrataciones acuerdan en general sobre la importancia de la correcta construcción del instrumento que rige una contratación administrativa como garantía de una gestión posterior eficiente. Un pliego defectuoso o, peor, dirigido, constituye no sólo una conducta reprochable sino, además, un medio facilitador del malgasto y la corrupción.

Es habitual que los cocontratantes y alguna autorizada doctrina local [\(28\)](#) señalen

dificultades de diverso orden en relación con la profusión de requisitos que enfrentan los potenciales oferentes en oportunidad de confeccionar y presentar sus propuestas. Gran parte de los pliegos de bases y condiciones abunda en detalles repetitivos o innecesarios y en oportunidades no incluyen información central, limitando el ingreso de oferentes y facilitando la preselección de los proveedores habituales de ese órgano estatal, como resultado de errores u omisiones inducidos o, por lo menos, evitables con un instrumento más simple y claro. La falta de destaque respecto de las exigencias eliminatorias y su diferenciación neta y a priori de las que son subsanables se constituye en un punto de debilidad en la gestión contractual, circunstancia que atenta contra la garantía de obtención de información como basamento de una oferta fundada y en igualdad de trato con sus competidores potenciales. Se han de presentar luego, casi con seguridad, dificultades en la comparación de las ofertas, en la entrega de bienes, en la eventual ampliación de la demanda del requirente o en la prestación de servicios diferentes —en algunas ocasiones, de menor precio, pero también de menor calidad—, así como el freno o la demora injustificada en la ejecución de obras e inversiones, a cargo del cocontratante cuando se trata de contratos de concesión de uso de bienes, obras o servicios públicos.

Con frecuencia, debido a las falencias que pueden presentar los diseños de los pliegos [\(29\)](#), los organismos contratantes hallan numerosas dificultades para desestimar ofertas que no se ajustan con exactitud a las condiciones particulares pautadas o la especificidad de la necesidad administrativa a cubrir y que, aferrándose a su menor precio, pretenden sostenerse a través de sucesivas —y a veces agresivas— impugnaciones y recursos cruzados entre competidores.

Respecto de este punto central de cualquier contratación pública, cual es el diseño de los pliegos de bases y condiciones, es factible hallar direccionamientos de la contratación a un proveedor, un grupo de ellos o un determinado producto [\(30\)](#), cuyo fin consiste en eliminar o condicionar la competencia de oferentes, incluyendo cláusulas y/o formulando especificaciones técnicas orientadas a un mercado restringido, esquema calificado como pliego dirigido. Entre los indicios reveladores de un direccionamiento en el pliego pueden contarse la especificación de marcas o modelos, el color, el tamaño o la medida exactos o con bajos márgenes de tolerancia, o todo aquel elemento que favorezca la situación comparativa de uno o de un grupo de productores, vendedores o prestadores de un

servicio, o a un reducido universo o sector de tales proveedores. En la norma que regula el sistema de contrataciones se halla prevista esta conducta, sancionándola con la revocación del acto aprobatorio del pliego respectivo y la iniciación de las actuaciones sumariales correspondientes; sin embargo, la redacción del artículo de que se trata, en cuanto menta el supuesto de inclusión de cláusulas y/o formulación de especificaciones técnicas, "...de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares..."(31), podría mejorarse, dado que no menciona en momento alguno el pliego de bases y condiciones, instrumento en el cual se incluyen o formulan tales cláusulas y especificaciones técnicas, haciendo sólo referencia al "...llamado a contratación...", mención que, aunque pueda parecer obvia, no es subsanada por la posterior reiteración de tales especificaciones o pautas de cumplimiento en órdenes de compra y/o contratos, y aun en órdenes de servicio u observaciones de la dirección técnica o de obra según los casos, ya en la etapa de ejecución contractual. Sería también importante incluir en la norma dicha mención al pliego de bases y condiciones dirigido en forma expresa, a fin de tipificar concretamente la conducta prohibida y, además, eliminar cualquier duda o interpretación errónea por parte de los alcanzados por la regla respecto de la instancia en la que ésta se configura. Otro arbitrio de similar efecto, generalmente concomitante a la elaboración de tales bases, es la ruptura de la confidencialidad que se da en los supuestos en que los oferentes toman conocimiento de información confidencial que redunde en su beneficio y en simétrico detrimento de la competencia y sus adversarios potenciales, al extremo de producir ellos mismos las especificaciones técnicas del objeto contractual o la introducir requisitos de los que son sabedores de su carácter restrictivo, como determinadas certificaciones o inscripciones harto especiales de las que son obvios portadores.

Hemos hablado de la relevancia del acceso a la información de oportunidades de negocio tanto para presentar una propuesta como para ejercer el derecho de defensa de las presentadas; sin embargo, otro desvío significativo puede ocurrir cuando se manipula la información licitatoria y se adelantan datos de un procedimiento de selección a uno o a un grupo de proveedores con el objeto de beneficiarlos con mayor tiempo de antelación a los demás concurrentes de la puja, en especial cuanto mayor es la complejidad de la obra, bien o servicio a contratar o la necesidad de obtener financiamiento para sostener la oferta y, sobre todo, su futura ejecución, desvirtuando no sólo el principio bajo análisis sino, de igual manera, los de igualdad y legitimidad del procedimiento así conducido.

Es preciso también, en esta instancia, incluir parámetros razonables y definidos de evaluación, que orienten metodológicamente a los proponentes en la preparación de sus cotizaciones y contribuyan a una adecuada evaluación posterior por parte de la UOC o del órgano contratante a cargo del proceso selectivo.

La efectiva concurrencia, materialización del principio estrechamente ligado al de transparencia que lo precede y acompaña en todo el decurso del procedimiento licitatorio, no sólo se refleja en la amplia difusión de la convocatoria en distintos medios de comunicación, también es central acudir a técnicas de diseño que contribuyan a una mayor participación de oferentes con el consecuente beneficio potencial, producto del incremento de opciones para una elección, dotada de mayor ecuanimidad. Puede contribuir a ello —cuando así sea posible y conveniente— la división del objeto solicitado en renglones comprensivos de bienes o servicios naturalmente autónomos y permitir, además, la adjudicación parcializada, ya sea por renglones o en un mismo renglón, en contraposición a las cláusulas de adjudicación global, a las que se puede acudir a veces sin clara ni suficiente fundamentación. Conviene en este punto ponderar, según el mercado potencial y las firmas que efectivamente muestren habitualidad y compromiso en su concurrencia, basándose en el estudio de antecedentes [\(32\)](#), la conveniencia de privilegiar, por sobre el precio presumible o la escala de la demanda, otros componentes de menor economicidad pero de mayor justicia, como la fragmentación a favor del mercado pyme [\(33\)](#), de los monotributistas sociales, etc.; tópicos, todos ellos, que por su importancia específica los hace merecedores de un tratamiento que excede las miras y los alcances de este trabajo. Hemos encontrado en la investigación "El estado de las contrataciones 2"[\(34\)](#) que, en ocasión de efectuar estudios en profundidad de un grupo de contrataciones de bienes —antirretrovirales, antibióticos, azúcar, borcegués y cartuchos—, llevadas a cabo por diversas jurisdicciones y organismos públicos, las que representan la mayor porción del gasto en suministros del presupuesto nacional, que las adjudicaciones parciales en un mismo renglón "...constituyen una herramienta que permite resolver problemas de escasez de la oferta...".

Como respuesta posible a esta compleja problemática surge el instituto de la elaboración participada del pliego, mecanismo mediante el cual se evita el monopolio del diseño de los pliegos a un ámbito cerrado y restringido —salvo cuando ello se manifieste imperativo por

razones de seguridad o defensa nacional— y el de la decisión a un solo funcionario, asegurando el equilibrio entre la pluralidad de probables intereses privados e impidiendo la elaboración de pautas dirigidas a determinados oferentes. El mecanismo consiste en difundir el proyecto de pliego a fin de recibir los comentarios de todos aquellos interesados, como los usuarios, clientes, proveedores, expertos, ONG y aun simples ciudadanos en carácter de tales, siempre que sus aportes sean conducentes. Se puede consultar o solicitar opinión al personal idóneo técnico proveniente de la administración u ONG y al ámbito académico, impetrando una instancia de escucha con pluralidad de representación y amplia transparencia. La implementación de procedimientos consultivos, mecanismo previsto bajo la designación de ronda de consultas y publicación de proyectos de pliegos para la elaboración participativa de pliegos, halla tipificación legal en el art. 8, dec. 1023/2001, y en el Anexo III, dec. 1172/2003, aprobatorio del Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas [\(35\)](#), constituyéndose en políticas potentes de transparencia. En estos casos, los proveedores, las cámaras, los organismos de control, la ciudadanía, obtienen la información del pliego en forma previa como proyecto de bases y condiciones, con la posibilidad de efectuar las observaciones que consideren necesarias, pudiendo contribuir en forma positiva a una mejor selección, sea por definición del objeto y los alcances, sea del procedimiento a utilizar.

Es cierto que no cabría discutir en audiencias públicas cada licitación, a riesgo de paralizar la Administración, pero también es cierto que decenas de obras, servicios, provisiones de magnitud, merecerían la discusión de su diseño. Y esto no significa someter a las UOC a un estado de asamblea permanente; las compras rutinarias lo seguirán siendo, sin duda. Nadie en el ámbito privado ni el sector público va a propiciar la discusión sobre las especificaciones de los insumos más simples, pero sí abrir a la participación de contribuyente, al oferente, al ciudadano, en definitiva, aquellos temas cuya importancia económica, trascendencia social o complejidad técnica merezca la pena transparentar.

Ahora bien, cabría preguntarse entonces cuál es el límite de las consultas o el diálogo abierto con los proveedores. En las experiencias que la Oficina Anticorrupción trasluce en el informe de marras, si bien un tanto desconocido por la ciudadanía en general, dado que como todo acierto goza de poca prensa, encontramos que tales prácticas arrojaron, desde un aspecto preventivo, resultados muy satisfactorios. Sin embargo, en 2010 se develó una

contracara posible de tales sistemas de participación a partir de un conflicto que se desató en una licitación privada nacional convocada por la petrolera Repsol YPF SA que posibilitaba la concurrencia de mayores oferentes dedicadas al "rubro de operación y mantenimiento" en el golfo de San Jorge para garantizar la futura prestación de servicios en un radio que comprendía el sur de la provincia de Chubut y el norte de Santa Cruz. Las pymes de la zona, que hasta ahora ejecutaban servicios en forma casi fija y predeterminada, se verían de ese modo obligadas a competir con otras firmas de gran porte y, por tanto, de mayor economía de escala. Los sindicatos y los representantes de esas empresas expresaron su descontento argumentando el peligro que correrían las fuentes locales de trabajo y el consiguiente menoscabo económico de las firmas de la región. Como resultado de ello, en una mesa de diálogo estaban decididos a reclamar la inclusión de una cláusula de preferencia para dichas pymes de la zona como reaseguro, como forma de emparejar la competencia atendiendo a la ponderación de factores adicionales al precio, como el impacto social en las economías locales y, de modo similar, al previsto en la ley 25551 [\(36\)](#) para las licitaciones y las contrataciones de la Administración nacional centralizada y descentralizada y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos [\(37\)](#), ámbito en el que se inscribe la empresa de referencia, como concesionaria de la explotación de un bien del dominio público provincial. Esta circunstancia, independientemente de que se trate de una empresa privada con participación estatal minoritaria y que no se rige por ningún cuerpo legal público de contratación, y aun abandonando el caso concreto y las muy diversas connotaciones que puede ofrecer, nos abre la posibilidad de sopesar otro orden de cuestiones acerca de cuáles factores deben prevalecer a la hora de considerar este tipo de previsiones en un pliego: la posibilidad de una concurrencia indiscriminada, abierta a nuevos actores, y la posibilidad de mejores cotizaciones o la protección de las fuentes de trabajo que, en el caso, por las condiciones naturales propias del área, constituyen un bien escaso, fácilmente catalogable como un bien social. Ésta es la clase de consideración que podría discutirse, incluso más allá de la obligatoriedad de las preferencias que impone al Estado la Ley de Contrate Trabajo Argentino, a través del mecanismo participativo recomendado. Éste es, sin lugar a dudas, el tipo de situación que merece difundirse y abrirse al juicio del conjunto social por la vía de la elaboración participativa; creemos que en idéntico sentido merecen igual lugar a la discusión y la preferencia las consideraciones de sustentabilidad ambiental.

Cabe en este apartado destacar, por otro lado, un par de iniciativas específicas

desarrolladas en sendas jurisdicciones del Estado nacional, que también constituyen un paso adelante en la elaboración participativa de normas y en el acceso a la información como vehículos de transparencia: nos referimos al programa "Transparencia para las contrataciones" de los Ministerios del Interior y de Justicia y Derechos Humanos. En un inicio, la res. MJSDH 414/2003 creó el programa de "Administración civil de las fuerzas policiales y de seguridad" con el objetivo de incrementar la transparencia en las contrataciones de dichas fuerzas "...y para o por cualquiera de los organismos que les dependen", en cuyo marco y mediante su similar 587 de ese año se aprobó el "Instructivo n. 1. Transparencia para la contratación de bienes y servicios" de cumplimiento obligatorio para tales acciones desarrolladas en esos ámbitos, exceptuando las expresamente calificadas como reservadas por el Poder Ejecutivo nacional. Su art. 3 establece que todos los procedimientos de selección del cocontratante, salvo los de trámite simplificado, las contrataciones directas por razones de urgencia o emergencia y las contrataciones declaradas secretas deberán prever un período de consulta pública por internet sobre el proyecto de pliego de bases y condiciones no inferior a tres días, salvo autorización expresa del ministro del ramo. Fija su procedimiento en un anexo que incluye la obligación de remisión de toda la información sobre nuevos procedimientos de selección, incluidos allí los declarados secretos, a un área centralizadora jurisdiccional, por medio de formato electrónico, además de a la ONC cuando dichos procedimientos decidan someterse a la consulta pública. Si bien contiene algunas disposiciones redundantes con el ordenamiento general, como la obligatoriedad de uso del Sistema de Información de Proveedores (Sipro) y el Sistema de Identificación de Bienes y Servicios y la remisión de información al portal del órgano rector, su reiteración resulta encomiable considerada desde el énfasis en la búsqueda de mayor difusión y concurrencia en ámbitos caracterizados de antiguo por su opacidad. Ese procedimiento contempla también la posibilidad, a juicio del requirente, de convocar a reuniones o promover el debate entre los interesados acerca del contenido de los pliegos futuros, cuyos comentarios y observaciones se agregarán al expediente, en una manifestación del derecho a ser oído, propio del principio defensivo del art. 1, inc. f, LNPA, esta vez, en la etapa precontractual. Dichas observaciones, en cuanto pertinentes, habrán de ser vertidas en los documentos del llamado "...a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios establecidos en el dec. 1023/2001". Cabe acotar que la norma prohíbe la aprobación de convocatorias y pliegos que no hayan sido

sometidos al procedimiento de consulta previo aquí previsto, con independencia de que luego de publicados sean nuevamente sometidos al escrutinio de otros actores y procedan a nuevas consultas y aclaraciones, ya en el curso del llamado licitatorio. Otra regla de interés es el art. 6, que fija en su parte 1ª el acceso irrestricto a los pliegos a través de internet para cualquier ciudadano, en tanto su obtención en soporte papel tendrá un costo limitado a su valor de reproducción, mientras en su segunda norma veda la determinación de "...plazos mínimos de antelación para el retiro de pliegos que impidan la presentación de ofertas". En oportunidad de la transferencia de las fuerzas de seguridad, vale decir, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía Federal Argentina al ámbito del Ministerio del Interior, operada mediante dec. 1066/2004 y en reconocimiento a los objetivos perseguidos por aquél y el declarado propósito de esta cartera de Estado de mantener, continuar y extender tales acciones, creó a su semejanza para ese ámbito el programa "Transparencia para las contrataciones" por res. MI 618/2004, que aprobó en su Anexo I un instructivo de similar tenor al descripto supra y con idénticos alcances, de aplicación en el ámbito de las fuerzas de seguridad así como del propio ministerio. Más tarde, de nuevo en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y con el declarado cometido de incrementar la transparencia a modo de reflejo de los objetivos del dec. 1172/2003 de Acceso a la Información Pública y del Plan Nacional de Gobierno Electrónico, aprobado con el dec. 378/2005, que en su art. 3, inc. c, establece, entre otras acciones, las de desarrollar, mantener y promover sistemas integrados basados en internet para la prestación de servicios y la provisión de información al público, la res. MJDH 355/2005 extiende a la totalidad de la jurisdicción aquel instrumento de consulta pública para la elaboración de pliegos, puesto en marcha inicialmente con un ámbito de aplicación limitado a aquel programa de administración de las fuerzas de seguridad, también bajo términos idénticos y con iguales alcances a la norma original. Por último, y más cerca en el tiempo, luego de restituidas dichas fuerzas de seguridad a la órbita del actual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, hasta la creación del hoy Ministerio de Seguridad, sendas resoluciones simultáneas 122 y 123, ambas del 23/1/2008, introdujeron algunas innovaciones entre las que cabe destacar la inclusión, por la primera, de las obras públicas en el programa "Transparencia para las contrataciones", con los ajustes propios de la naturaleza de tales contrataciones, como la designación de responsables técnicos para intervenir a lo largo de todo el proceso de diseño de los pliegos, evaluación de proyectos y hasta el contralor de la

ejecución y la extinción del contrato. Por otro lado, la segunda de las resoluciones antes citadas creó, bajo renovados parámetros, aunque con alcance y texto muy similares al mecanismo existente, el programa "Transparencia" en sustitución del previsto en la res. MJyDH 355/2005 a la que derogó, obrando la nueva a modo de texto ordenado. Encontramos plausible esta iniciativa de proveer un medio al alcance de todos los ciudadanos para facilitar la elaboración participativa de los pliegos de licitación, establecida como regla obligatoria y con el alcance que relevamos. Cabe recordar en ese sentido que el régimen general contiene similar previsión en los arts. 10 y 11, reglamento 436/2000, y el 8, dec. 1023/2001, pero limitada a aquellas contrataciones cuya importancia (léase monto estimado) o complejidad lo ameriten, y de modo meramente facultativo hacia la autoridad competente para autorizar el llamado, por lo que en la práctica rara vez resulta de uso. Proponemos en este orden se modifique la norma general estableciendo su obligatoriedad, a imitación de la vigente para la jurisdicción apuntada, e incorporar por la vía reglamentaria el procedimiento para su tramitación, también a semejanza del antes descripto. Además, cabría ponderar la unificación del plazo de escrutinio y presentación de observaciones a cinco días hábiles administrativos, a fin de dotarlo de una mejor posibilidad de análisis para los interesados y ponerlo en línea con similares previsiones reglamentarias vigentes para realizar objeciones a las ofertas tras el acto de apertura y a la preselección luego de la publicación del dictamen de evaluación (v.gr., arts. 73 y 80, dec. 436/2000). Incluso el propio art. 11 del reglamento de cita, fuente del procedimiento que venimos examinando, trae ese lapso. En todo caso, cabría considerar la posibilidad de exclusión de aquellas contrataciones que no superen un umbral un tanto más elevado que el del trámite simplificado, siempre dentro de la franja de las contrataciones directas por razón de su costo estimativo, a fin de evitar la saturación de los procesos y el correlativo incremento de la carga de trabajo de las UOC, cuya determinación habrá de consistir en una cuestión de política legislativa a deslindar por los órganos con competencia específica, en principio, la Secretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la ONC que le depende.

Todo ello contribuye adicionalmente a mejorar la calidad de la toma de decisión final, promover el debate público y generar un adecuado control social sobre los actos de gobierno, teniendo en cuenta el criterio mayoritario que también compartimos respecto de la naturaleza normativa de los mencionados pliegos y del notorio beneficio en términos de

eficiencia y transparencia que su discusión pública puede otorgarles.

c) Los pactos de integridad versus la corrupción en el ámbito privado: conductas anticompetitivas y colusión

Una herramienta de transparencia de escaso uso relativo es la promoción, por parte de la Administración, de la suscripción de pactos o acuerdos de integridad en forma previa a la convocatoria a licitaciones de importancia. En tales compromisos, las empresas del sector, frecuentemente de una cámara empresaria de un número acotado de integrantes por razón de su especialidad, como por ejemplo los laboratorios medicinales, se obligan a observar una conducta ética regida por la probidad, la buena fe, las sanas prácticas para con el Estado y sus competidores. Merece destacarse en este punto, como valioso antecedente local, un acuerdo de esta naturaleza suscripto en el ámbito de la Cámara Argentina de Productores de Caños de PVC, fabricantes y comercializadores de tubos plásticos especiales para la construcción de canalizaciones de agua potable y obras de saneamiento, aplicable a las licitaciones públicas de provincias, municipios y el Estado nacional, según se expusiera durante el seminario internacional Discrecionalidad en las Contrataciones Públicas organizado por la Fundación Poder Ciudadano en 2007.

La contracara de esta recomendable práctica, y sus consecuencias, y el acostumbramiento virtuoso que produce en un medio vulgarmente tachado de dudoso o directamente corrupto, la constituye el fenómeno de proveedores. Es normal y habitual que los productores y los distribuidores que se presentan a los llamados estatales a contratación de rubros determinados se vinculen estrechamente por la propia actividad comercial e intereses comunes, acentuándose estos lazos en proporción a la mayor concentración del mercado. La misma vida empresarial y las habituales acciones de marketing llevan a que con frecuencia se contactan en reuniones sociales, de negocios o eventos de otra índole. Ello se verifica en el trato ameno que suele advertirse entre ellos, más precisamente cuando se encuentran en el organismo contratante para retirar pliegos, presentar ofertas, adjuntar documentación, tomar vista de las actuaciones, asistir a las rondas de consultas para elaborar especificaciones técnicas y en ocasión de la celebración de los actos de apertura de las licitaciones, lo cual no constituye per se una actitud disvaliosa, en tanto ese conocimiento —inevitable por otra parte— no derive en la celebración de acuerdos entre oferentes para manipular la concurrencia a licitaciones. Esta conducta denominada

cartelización o colusión, figura típica en algunas legislaciones de la región [\(38\)](#), refleja una connivencia espuria entre oferentes, se materializa en pactos previos entre los futuros postores con el objetivo de consensuar de antemano el resultado de la adjudicación, generando la mayoría de las veces sobrepuestos y comisiones ilegales, tanto para las empresas que no resulten adjudicatarias así como para los servidores públicos involucrados, en caso de que estos últimos hayan participado en tales arreglos. Estas dádivas, que en nuestro medio recibieran la designación popular de "coimas" o "retornos", actos todos merecedores de reproche ético y represión legal, configuran las acciones contenidas en la previsión del art. 10, dec. 1023/2001, correlato de su similar VI de la CICC antecedente. Va de suyo que la actividad colusoria privada puede ser inmediatamente señalada como una de las prácticas más añejas que atentan contra toda forma de transparencia, sana competencia y legalidad, teniendo su germen en el sector empresario y dirigida a captar reservas de mercado de manera ilegítima, cuenten o no con la participación de órganos públicos receptivos de éstas.

d) La publicidad de la convocatoria

Finalmente, y sin ánimo de sobreabundar sobre nociones antes desarrolladas por otros autores, así como de reiterar plazos y medios previstos en la normativa rectora [\(39\)](#), nos interesa en esta instancia señalar las deficiencias usuales que se observan en la gestión contractual vinculadas a la falta de publicación del llamado en los medios previstos en la normativa o a ceñirse sólo a los medios que exige la norma y no extender la difusión de la convocatoria en la página de internet del organismo contratante, de otras organizaciones comerciales o de la sociedad civil, los diarios de mayor circulación cuando su trascendencia amerite el gasto, las cámaras que nuclean a proveedores del rubro, entre otros que muestren la potencialidad de elevar el número y la participación efectiva de proponentes. Basta sólo recordar a Carlos Zubiaur cuando afirma que "mediante la publicidad, la Administración procura que todos los posibles interesados conozcan su intención de contratar y protege la transparencia del procedimiento de selección, evitando que la decisión que se adopte pueda ser tildada de subjetiva", para afirmar más tarde que "...la publicidad del llamado, como de todo el procedimiento, asegurará por un lado, que la intención de contratar sea conocida por todos los posibles interesados y, por otro, la transparencia de la selección"[\(40\)](#). El destacado nos es útil para memorar las

consideraciones introductorias.

Es también importante —y legítimo— que la información ilustrativa de las oportunidades de contratación se divulgue en tiempo oportuno y en forma completa, evitando menciones dudosas o demasiado genéricas acerca del rubro u objeto a contratar, y con plazos adecuados y suficientes de antelación para que los posibles interesados puedan acudir a la preparación de sus propuestas, y la Administración, contar con el lapso necesario para recibir observaciones y preguntas, y responderlas permitiendo igual análisis a los interesados. El ajuste a plazos mínimos resulta frecuentemente producto de la satisfacción de ansiedades personales que luego deberán, con frecuencia, admitir postergaciones y prórrogas en aras de la razonabilidad y la conveniencia final del proceso.

Es preciso también reiterar que la norma que regula el sistema de contrataciones de bienes y servicios prevé la revocación —tacha correspondiente a la nulidad absoluta [\(41\)](#)— del procedimiento contractual cuando no se observen los requisitos de publicidad que constituyan, para cada caso, el mínimo legal [\(42\)](#), lo cual es congruente con el defecto en la conformación del elemento procedimiento que ello crea [\(43\)](#) en la actuación respectiva.

Finalmente, cuidando no exceder este apartado referido a la publicidad de la convocatoria, no debemos permitirnos el olvido acerca de que el principio de publicidad no se agota en esta instancia, sino que se continúa con igual intensidad en diversas instancias del procedimiento contractual, como la exhibición del resultado de la preselección —en los procedimientos de etapa múltiple—, del dictamen de evaluación —la preadjudicación de la antigua reglamentación, así llamada aún en algunas jurisdicciones locales— de la adjudicación misma y de o los pagos, así como de las actuaciones eventuales que pudieren tener lugar en cada caso como ampliaciones, prórrogas, aplicación de penalidades y sanciones, etc.

III. CONDUCTAS DE TRANSPARENCIA DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

a) La apertura de ofertas: un paso atrás en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El proyecto de nuevo reglamento de contrataciones para el Estado nacional

Es concepción corriente en nuestros días asignar al acto de apertura de ofertas el carácter de acto público. No siempre fue así, en doctrinas anteriores a la entrada en vigencia de la CICC encontramos la restricción de éste con admisión única de los funcionarios del organismo licitante y de los interesados en la competencia, teniendo por

tales sólo a los oferentes. Por ejemplo, Marienhoff [\(44\)](#) mencionaba la presencia en el acto de apertura de ofertas de "...los funcionarios designados por el organismo licitante y los proponentes que deseen presenciario"; sin embargo, no excluía taxativamente la presencia de terceros ajenos, "desinteresados" al grado de asumir el rol de postor. Incluso en la descripción que allí hace de dicho acto indica que "las propuestas se leerán en alta voz por el actuario, ante los funcionarios y personas que presencien el acto" (este destacado, y los siguientes, nos pertenecen; son a simple modo de énfasis). Pero aclara de inmediato, al momento de la firma del acta resultante, que ésta habría de ser suscripta por los proponentes presentes y funcionarios intervinientes, pudiendo dichos licitadores —y no otras personas presentes— dejar constancia de las observaciones que el acto o las demás ofertas le merezcan. Además, menciona que en el acta que se labre corresponderá dejar constancia del número de orden de cada oferta —práctica de orden consuetudinario que sigue en nuestros días—, del nombre del proponente y el número de inscripción en el respectivo registro —hoy el sistema SLU admite el CUIT, mas no se carga un número de Sipro— y los datos atinentes a la garantía pertinente, de corresponder. Como vemos, no hay referencia al número de documento o de CUIT de terceros no oferentes, de lo que puede deducirse su ausencia, ya como práctica, ya como restricción; aunque este tratadista cierra su entrada sobre el tema comentando que tales recaudos obedecen a la función de garantía que estos actos de apertura de sobres deben observar en seguridad "...del derecho de todos los interesados (Administración Pública y licitadores)...", cerrando la comprensión a estos últimos de los particulares reputados interesados, especialmente con la inclusión del término "todos" en la enunciación. Así también ordinaba dicho acto el art. 72, Reglamentación de Contrataciones de Bienes y Servicios del Estado nacional.

La caracterización del acto de apertura de ofertas como un acto público, de acceso irrestricto a cualquier persona física o representante o mero enviado de persona física jurídica, interesada o no en el procedimiento de selección de propuestas que se ventila, fue introducido en nuestra legislación por vía del párrafo incorporado por el art. 4, dec. 666/2003, al final del art. 9, dec. delegado 1023/2001, que reza textualmente: "Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de ofertas siempre se realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas". Obsérvese, primero, el refuerzo del carácter obligatorio de la metodología impuesta a la apertura de ofertas dada por el término "siempre", así como la amplitud del

alcance otorgado al instituto cuando abarca incluso la posibilidad de presenciar —en la sala de apertura o en la UOC respectiva— el procesamiento de los datos iniciales de las propuestas remitidas por medios electrónicos. Este agregado ha profundizado la posibilidad de control social que la primera parte de la norma estatúa desde su dictado [\(45\)](#), en una saludable medida que, como veremos de inmediato, lejos de redundar, vino a arrojar claridad sobre un momento clave del procedimiento licitatorio que permanecía librado a la interpretación —y buena voluntad— del órgano contratante hasta esa fecha, con cierta base en el precitado art. 72 del reglamento aplicable, cuya interpretación hoy resulta allanada por la incorporación del párrafo agregado al art. 9, Régimen general. De igual modo, entendemos que el instituto de la vista en el ámbito contractual no debe sufrir restricción, salvo, como dijimos, en la etapa de estudio y análisis de las cotizaciones y las propuestas que realice la comisión evaluadora en los días posteriores a la apertura —los cinco días que fija el art. 73, reglamento 436/2000—, ya que si expresamente se prevé la toma de conocimiento amplia del acto de apertura, no encontramos razón para impedir la reiteración de esa toma de conocimiento, o revisión, en los días inmediatos posteriores. Es esta interpretación la que, por idéntico fundamento —el carácter público del acto de apertura de propuestas—, entendemos debe prevalecer incluso sobre la restricción que parece imponer el art. 19, dec. 1023/2001, cuando ciñe a "toda persona que acredite fehacientemente algún interés..." la toma de vista, aunque la habilita de inmediato a cualquier momento del trámite, con las consabidas excepciones del período evaluativo y de la información resguardada bajo normas de confidencialidad [\(46\)](#). No concebimos de otro modo la posibilidad de ejercer un efectivo control social ni una real participación ciudadana, abierta y plural, en ese control. En igual sentido se expidió el órgano rector, la ONC, cuando frente a las conclusiones producidas en la investigación sobre la base del relevamiento por muestreo de más de mil expedientes de contrataciones de distintas jurisdicciones nacionales que efectuara la Oficina Anticorrupción en 2005 y 2006 [\(47\)](#), reveladoras de conductas atávicas —pese a la normativa vigente— en relación con la falta de consideración del acto de apertura de ofertas como un acto público, se expidiera en refuerzo de dicha fórmula legal y conducta propia a través de su circular 29 del 7/7/2009, interpretando asimismo el alcance de tal obligatoriedad aun respecto de las compras de menor cuantía por trámite simplificado y también para las procesadas de manera digital.

No comparte esta postura el órgano rector de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en

adelante, CABA), que se expidiera al respecto mediante la disposición 46/2011 [\(48\)](#), oportunidad en la que ante la consulta efectuada por una empresa comercial del sector privado, dedicada al procesamiento de datos surgidos de contrataciones públicas de cualquier jurisdicción o entidad, federal o local, solicitaba la permisión de concurrir a los actos públicos y la vista de ofertas de las contrataciones del gobierno autónomo, cerró únicamente a favor de los oferentes la posibilidad de presenciar el acto de apertura, negándole así su carácter de acto público. Fundamentó su negativa desde lo subjetivo en el carácter de sociedad comercial del solicitante, detentadora por tanto de fines de lucro que hacen presumir que la información será aplicada al cumplimiento de su objeto social y la obtención de un rédito económico (consid. 19 de la medida). Desde lo objetivo, sostuvo el requerido que la firma de marras podía acceder vía web a la información referida a los procesos de compras y contrataciones que se desarrollan desde esa dirección (consid. 20) y que en el caso de que requiera información específica debería, como toda persona, proceder conforme lo normado por el art. 6, ley 104 de Acceso a la Información en el ámbito de la CABA, y observar la metodología prevista para la tramitación de tales presentaciones, regulada por el reglamento 147/2007, rito de aquélla. El consid. 22 del acto en comentario aclara que considera distinto ese acceso a la información pública el hecho de intervenir en los actos que integran el procedimiento licitatorio, como el acto de apertura, "...cuando no reviste el carácter de parte", intervención que no hace en su comprensión al acceso a la información en el marco de la normativa vigente. Entiende sólo razonable la admisión de participación formal en el procedimiento licitatorio desde el sector privado "...a quienes revisten el carácter de oferentes, de partes interesadas en la Licitación Pública, quienes detentan un verdadero derecho subjetivo e interés legítimo en la contratación a desarrollarse" (consid. 24). El propio dictamen previo de la Procuración General del gobierno fincó el rechazo de la solicitud en la disponibilidad de lo solicitado en la página web de la CABA, criterio sostenido en el art. 2 del decisorio. La firma interpuso, contra ese acto administrativo, el recurso de reconsideración con el remedio jerárquico subsidiario [\(49\)](#) a partir de la distinción previa entre los institutos del acceso a la información y de la vista, que solicitaba con carácter general, para cualquier procedimiento de selección, a pesar de no ostentar en ninguna información procesada por sector, rubro y precio a los empresarios abonados a ese servicio, en su mayoría empresas pyme que hacen de la concurrencia a mercados públicos parte de su actividad normal y habitual. Destacaba que el uso de ambos

no es alternativo ni excluyente, pero que el acceso a los precios de las ofertas presentadas en los procedimientos contractuales de la CABA vía web no era oportuno ni eficaz, por tanto inútil, atento la demora de más de tres meses que sufría la carga de cualquier acto de apertura en dicho sitio de internet, ofreciendo, para su demostración, impresiones del mismo sitio con una demora aun superior, y solicitando la apertura a prueba de sus dichos por ante el propio órgano técnico especialista en informática que lo administrase en ese mismo gobierno, lo que por otra parte debería surgir de las funcionalidades normales de la propia herramienta informática cuestionada, esto último con encuadre en la regla de los arts. 66 y concs., dec. 1510/1997, reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo de la CABA. Puntualiza en este sentido que varios meses después de producidas las aperturas no se reflejan en esa página ni el acta de apertura, las ofertas, ni menos los precios unitarios de cada renglón —el precio total de la oferta no representa utilidad alguna en las contrataciones de dos o más renglones—, lo que incumpliría la manda de los arts. 24 y 83, ley 2094/1996, que en lo sustancial establecen la obligación de poner a disposición de la comunidad información completa y oportuna (el destacado es propio), mencionando a modo de ejemplo una veintena de expedientes y sus respectivos procedimientos de selección donde ocurre tal desfase. Precios y productos que de ningún modo, en interpretación que compartimos, implican revelar contenidos protegidos por la confidencialidad, tanto comercial como aquella que afecte la intimidad de las personas. Destaca en su escrito defensivo que el propio sitio web que cuestiona, en la sección destinada a compras y contrataciones, en el apartado "Preguntas frecuentes" responde al interrogante "¿quiénes deben estar presentes en el acto de apertura?" con la siguiente frase explicativa: "La apertura debe realizarse en presencia de los funcionarios designados por la Unidad Operativa de Adquisiciones, de todos aquellos que desearan presenciarlo y, a su opción del representante del Órgano Rector (art. 102, apart. 4, dec. reglamentario 754/GCBA/08)..." (el destacado es propio), encontrándolo el recurrente en franca contradicción con el antes citado consid. 22 del acto en crisis. También aclara en su libelo que no considera equivalente la acción de presenciar el acto de apertura con la de participar en el procedimiento, ya que carece del carácter de oferente y de la habilitación jurídica para efectuar objeciones o de la legitimación para impugnar o recurrir, actuación por otra parte ajena al objeto de su presentación y de su actuación comercial. Trae en su respaldo la norma que establece los principios generales de la contratación pública en ese ámbito local,

el art. 7, ley 2095/1996, especialmente los de legalidad (apart. 3), publicidad y difusión (apart. 4) y transparencia (apart. 8); este último reza: "8. Principio de Transparencia. La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la rigurosa observancia de los principios que anteceden...". Nótese que siendo tan similar su redacción con el art. 9, Régimen General de la Administración Nacional, su aplicación práctica es diametralmente opuesta respecto del Estado federal, donde se admite el acceso irrestricto a los actos de apertura. Manifiesta, además, aquel recurrente no haber ocultado, ni disimulado nunca el uso que hace de la información que obtiene y provee procesada y clasificada, ni podría hacerlo como contribuyente ciudadano que es. El recurrido rechazó [\(50\)](#) el interpuesto considerando la posibilidad de representarse peligroso el manejo de información en manos de privados, "...por encontrarse intereses económicos en juego como por el riesgo de una manipulación que lleve a confusión o error". Discrepamos con este fundamento porque creemos que, a todo evento, el efecto multiplicador que este tipo de servicios realiza en el sector privado, lejos de crear peligro, incrementa la difusión de las convocatorias, potencia la posibilidad de competencia, dota de mejores herramientas comparativas a los oferentes —si bien es cierto que abarca sólo a sus abonados, situación que también repiten algunas de las más tradicionales asociaciones de proveedores del Estado, como la Unión Argentina de Proveedores del Estado en el ámbito federal, y la Federación de Mayoristas y Proveedores del Estado en la provincia de Buenos Aires, y reconocidas publicaciones como "El Constructor" en el sector de la construcción de obra pública, donde figuran de ordinario las convocatorias del gobierno de la CABA (y aplaudimos que así sea), aunque estos sujetos también privados sólo publiciten llamados y no procesen otros datos comparativos ulteriores como precios y renglones—, en especial a las pymes que carecen de los recursos materiales y humanos para relevar y procesar semejante volumen de información. Recordamos también aquí que el art. 10, Convención de las Naciones Unidas Contra la

Corrupción, norma de derecho interno, mentada al principio de este trabajo, que como ley de la Nación impera —hasta la procedencia de un ataque de inconstitucionalidad— por encima de las leyes locales, impone a los Estados parte la adopción de procedimientos de acceso a la información a favor del "público en general" (inc. a), sin restricción de categorías calificadas. Rechaza también esa autoridad el pedido de apertura a prueba informativa —recordemos que la proveería un órgano interno del propio gobierno, a la sazón el administrador del sistema, resignando cualquier participación de especialistas o técnicos de parte— con el fundamento de que "en el hipotético caso de que exista una desactualización de la información a través de internet, no confirma la razón de la pretensora ni aporta prueba en absoluto que puede variar una decisión en este caso", conclusión con la que obviamente discrepamos. Interpreta, por último, que la supra citada referencia normativa a todos aquellos que desearan presenciarlo refiere únicamente en aquellos oferentes que deseen hacerlo y no a cualquier persona ajena al acto. Finalmente, la resolución ministerial resolutive del remedio subsidiario jerárquico [\(51\)](#) desestimó con fundamentos similares, a más de la acostumbrada —en todo ámbito y jurisdicción, justo es reconocerlo— y lacónica sentencia de falta de introducción de nuevos elementos de juicio, esto a pesar de reclamar en la ampliación de fundamentos la respectiva apertura a prueba denegada bajo sanción de incurrir en nulidad por conculcar el principio defensivo adjetivo. Ésta es también una práctica reiterada desde antiguo por muy diversos órganos estatales, amparándose en el juicio de procedencia de las medidas de prueba solicitadas en sede administrativa (hacemos hincapié que es el propio administrador el que estima conducente o improcedente la producción de la probatoria requerida) sin que se motive adecuadamente ese descarte, bajo la sola mención de la improcedencia inexplicita; práctica condenada también en la sociología de las organizaciones por autores como Claude Giraud, de quien nos parece adecuado —conducente— traer en cita: "La denegación, la mentira, las trampas, las pistas falsas, agregan a la experiencia de la oscuridad la de la resistencia de las organizaciones a toda voluntad de investigación. La resistencia de las organizaciones se comprende a partir de su capacidad para travestir los hechos y dar al saber que apunta a la objetivación una dimensión subjetiva y, en última instancia debatible porque es relativa... Es así tanto negación de la realidad como rechazo de la justicia, como bien lo demostró Hannah Arendt"[\(52\)](#). Esta interpretación restrictiva del gobierno de la CABA, que criticamos, aunque posible en los términos expresados, a pesar de eludir la prueba de la ineficacia del sitio web

que sirvió de fundamento al servicio jurídico para descartar la presentación primera y el pronunciamiento del órgano rector que luego se sostuvo —por tanto, prueba conducente, a nuestro entender, e imprescindible para admitir el objeto del recurso—, es una interpretación que oscurece, que dará a conocer tardíamente un resultado consumado —la adjudicación—, cuando se reclama informarse de la totalidad de las propuestas (aunque luego sean descartadas por causas diversas) en tiempo útil. La toma de conocimiento para su difusión comercial posterior —entre abonados, en este caso— no se traduce en la conversión del informado en parte del procedimiento, en sentido jurídico, ni lo legitima de otro modo para impugnar lo visto, de lo cual no surge entonces perjuicio ponderable para la actuación administrativa revisada. Se origina así un canal alternativo, aunque rentado, no libre, de difusión, como complemento que puede paliar en parte posibles asimetrías informativas con empresas de mayor estructura y despliegue. No se crea, por tanto, una categoría nueva de sujeto en el procedimiento contractual administrativo; no nace tampoco posibilidad alguna de demora adicional o perjuicio para el ente licitante ni para el interés general, interés del pueblo, del que el recurrente y sus abonados forman parte, como ciudadanos y contribuyentes. Opinamos de todo lo relatado que, en contrario de la solución arribada en el ámbito citadino, ninguna difusión es peligrosa ni contraproducente, que la mayor difusión de precios unitarios por renglón, por rubros comerciales uniformes, generan mejores mercados públicos por hacerlos más transparentes y competitivos, desterrando al mismo tiempo zonas vedadas al control social, ello sin entrar a considerar su eventual colisión con los principios de la CICC antes descriptos. Piénsese, por otro lado, que si cada contratación amerita de cada actor de los mercados públicos —sean empresas de servicios, revistas, cámaras o los mismos oferentes habituales— una presentación —un expediente— que impetere un procedimiento de acceso a la información, evitable de raíz con la simple dación amplia de la vista, se abriría la posibilidad de saturar la Administración y las áreas de contrataciones, compelidas así a atender peticiones diarias de las direcciones jurisdiccionales de información al público y otros órganos equivalentes. Si además se tratase de procedimientos de selección en curso, en los cuales la respuesta al solicitante importaría diferir la emisión del expediente cabeza objeto de la petición —por ser el soporte de la información— hasta la adjudicación del proceso, invocando razones de eficacia y necesidad, la herramienta del acceso a la información perdería sentido y utilidad, como la información en este caso, por resultar tardía y consecuentemente carente de utilidad alguna.

Y aunque nos interesamos más en la búsqueda de soluciones y resultados superadores que de culpables, es menester recordar con Ivanega, en un principio de validez uniforme para cualquier entidad y jurisdicción, que "...en este contexto, debe entenderse que la ausencia de transparencia apareja responsabilidad del funcionario, por acción y por omisión, es decir por impedirlo o por no aplicar los medios para que exista"[\(53\)](#), en tajante descarte de cualquier forma de simulación, disimulación o restricción a la transparencia, que nosotros entendemos abarcativa del acto de apertura de ofertas.

De manera inversa, y en notorio contraste con el criterio que criticamos, el Estado nacional, a través de la ONC en su carácter de órgano rector del sistema de contrataciones de la Administración, se encuentra realizando una amplia labor docente entre los operadores de compras y contratos públicos, básicamente entre sus UOC, acerca del proyecto del nuevo reglamento de contrataciones, sustitutivo del dec. 436/2000, una de cuyas normas establece un avance significativo en el sentido que propiciamos, al admitir el instituto de la vista en cualquier momento del procedimiento —excepto el consabido lapso de análisis y evaluación de las ofertas, conforme la previsión del art. 19, dec. delegado 1023/2001— y, en clara diferenciación respecto de la interpretación gubernamental citadina, y aun de otros antecedentes locales, "...por cualquier persona...", según reza el art. 9 [\(54\)](#) del mentado proyecto, sin acreditación de interés particularizado. Cabe observar la amplitud del acceso a la información licitatoria, que descarta el debate acerca de la interpretación o el alcance de la figura del sujeto reputable interesado, según vimos antes; dejando de lado, a la vez, cualquier otra disquisición relativa al interés legítimo como requisito habilitatorio para presenciar el acto, que recupera con toda fuerza su naturaleza de público, en sinonimia con lo abierto, develado, plural y, por ende, transparente. Se convierte así, de manera definitiva, esta instancia, históricamente sesgada del conocimiento de la comunidad —su destinatario último— por conductas e interpretaciones restrictivas, originando una instancia de control de la mayor amplitud, con ajuste a lo pregonado por el art. III, apart. 11, CIIC [\(55\)](#), y su correlato en el art. 9, dec. 1023/2001, ya comentado.

b) El tramo de evaluación de ofertas

En esta etapa, común en los regímenes de las jurisdicciones que comentamos, la comisión evaluadora emitirá un dictamen sin efecto vinculante que contendrá como mínimo el examen del cumplimiento de los requisitos formales, las calidades de las propuestas, la

idoneidad de los oferentes, la determinación de su situación de habilidad para contratar con el Estado y la evaluación de las ofertas en cuanto a la admisibilidad y la conveniencia y su comparación en función de los parámetros de evaluación previstos en el pliego de bases y condiciones.

La subjetividad en la evaluación puede aparecer cuando los integrantes de la comisión evaluadora originan un dictamen carente de fundamento y desajustado a lo establecido en el pliego, bajo la habitual y lacónica expresión "cumple en un todo con el pliego de bases y condiciones", "según pliego" o sucedáneas, de igual generalidad y carencia de explicitación de tal ajuste, o ante personas en apariencia inidóneas, máxime cuando así lo observan otros postores, se cometen omisiones en la consulta de bases de datos públicos que puedan revelar tal condición, a pesar de la facultad pautada en el art. 16, dec. 1023/2011 [\(56\)](#), o bien en contrataciones cuyos objetos se caracterizan por su complejidad y requieren de análisis más específicos en componentes tecnológicos, aspectos financieros y económicos, entre otros, se prescinde de equipos expertos y multidisciplinarios que ejecuten la tarea evaluadora de manera más concreta y perfilada a la satisfacción de las necesidades públicas. En este último supuesto proponemos aplicar el remedio procedimental comentado a su turno, el procedimiento de elaboración participativa de pliegos, para resguardar el presupuesto de la transparencia según venimos desarrollando.

Finalmente, y como parte de una solución a la parcialidad que pueden lucir en ocasiones los dictámenes de evaluación que emiten las comisiones evaluadoras, que a veces funcionan como compartimientos estancos de cada organismo, podría generarse un esquema de incentivos para promover que la integración de dichas comisiones sea rotativa, evitando de esta forma incurrir en evaluaciones rutinarias o "formularias" que, incluso de buena fe, con el consenso de requisitorias rituales, prescindan de indagar en las calidades intrínsecas de los bienes, productos y obras, así como en la idoneidad profunda de proveedores, prestadores y constructores, sin arriesgar tiempo y labor en la investigación de mayores antecedentes de desempeño que los que permite el contralor o cruce de los ofrecidos en las propuestas.

IV. TRANSPARENCIA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

a) La recepción de la encomienda estatal

Es en el cumplimiento de las metas de gestión y el resultado positivo de las

contrataciones públicas donde se refleja directamente la calidad del funcionamiento del Estado.

En la práctica, el control de la recepción de bienes y la prestación del servicio son realizadas de ordinario por una comisión de recepción, o la dirección de obra, según el caso, los que, una vez aprobados los requisitos de calidad, cantidad y plazo de entrega, o la adecuación de la certificación con el plan de trabajos comprometido, habilitarán la retribución de los cocontratantes.

En términos generales, las falencias que se presentan en esta instancia pivotean en la falta de un estándar de control para el universo de organismos o para cada tipo de contratación que sistematice esta tarea esencial, resultando de ello una excesiva subjetividad en cabeza de quienes tienen a cargo esta tarea. A resultas de ello se pueden verificar entregas de bienes de menor calidad, desvíos de los insumos y prestación de servicios a otras áreas de la Administración Pública diferentes de las que efectuaron el requerimiento en primer medida o aun fuera del ámbito de éstas. Esta debilidad resultante de los controles de certificación de las diferentes instancias —entrega, inspecciones, recepción— cuenta con un paliativo en orden a su transparencia y eficiencia en el ámbito del Estado nacional, constituido por la posibilidad de recurrir al auxilio de la Sindicatura General de la Nación, cabeza de la labor de auditoría interna en el sistema de la ley 24156 de Administración Financiera y Control del Estado Nacional, que consta de los servicios arancelados de control de recepción y control de calidad del pto. IV, Anexo II, a la res. 122/2010 del propio órgano auditor interno [\(57\)](#). Esta iniciativa trasluce un compromiso con la gestión oportuna y transparente de forma concomitante a uno de los segmentos más comprometidos del proceso contractual público, y antes negado a toda permeabilidad, especialmente de manera concomitante a su ejecución. A su vez, el contralor, en lugar de reservarse una tarea ex post facto de mero señalamiento de eventuales errores y desvíos ya producidos en una instancia, como señalamos, restringida por lo general al interior de cada servicio administrativo financiero u otros órganos equivalentes, se involucra de manera positiva en los trámites y los circuitos dejando para el futuro, pero también para el caso, el señalamiento de la práctica eficaz ajustada a derecho.

La normativa general establece, como consecuencia del incumplimiento de los contratos de bienes y servicios, imputable al proveedor, las siguientes penalidades: rescisión del

contrato, la imposición de multas y la pérdida de la garantía del cumplimiento del contrato, no obstante la responsabilidad del proveedor por los daños y perjuicios ocasionados por la celebración de un nuevo contrato. De manera adicional, según la gravedad de los incumplimientos, se prevén las sanciones de suspensión e inhabilitación, que deben ser tramitadas para su aplicación por ante el órgano rector; en este caso, la Oficina Nacional de Contrataciones, que tiene a su cargo la administración del Sipro [\(58\)](#), registro de proveedores habilitados para contratar con las entidades y las jurisdicciones alcanzadas por el ámbito de aplicación del dec. 1023/2001. El hecho de que exista una base única de proveedores que centralice toda la información sobre los interlocutores del Estado en materia de compras y contrataciones es a priori una ventaja: la información se comparte y se actualiza para todas las reparticiones públicas y, a la vez, simplifica la inscripción en un solo trámite. No obstante, cabe tener en cuenta que tal ventaja se desvirtúa cuando los organismos autárquicos o las empresas del Estado abren sus propios registros singulares, retomando la senda de la dispersión y la opacidad. En términos generales, la existencia y el funcionamiento de este sistema arroja un saldo positivo entre los comentarios que surgen de las entrevistas realizadas como elemento de diagnóstico en el marco del estudio que consultamos como fuente [\(59\)](#), usualmente conocido en la jerga de los expertos como "el mapa" de las contrataciones públicas federales. Dichas UOC consultadas revelaron en esta investigación que, como ámbito de accesibilidad y transparencia, el Sipro contribuyó a la aparición de nuevos proveedores en los organismos, generando así mayor concurrencia a los procedimientos de compras y contrataciones. Por su parte, uno de los principales defectos señalados a este sistema es su limitada eficacia para garantizar la idoneidad de los proveedores registrados. Los mismos entrevistados cuestionan la falta de un link previo, dentro del registro, que permita, de algún modo, "valorar" ex ante la idoneidad de los proveedores, en lo que hace a incumplimientos previos que no hayan bastado para recibir sanción de inhabilitación. Se dice, a su vez, que al ser irrestricto el acceso al Sipro, genera la presentación de algunos proveedores de bajo nivel de satisfacción, habida cuenta de que la sola inscripción no garantiza de por sí la calidad de los bienes ni la idoneidad de los proponentes. Esta falencia se ve acentuada por las limitadas penalidades que las UOC promueven y los organismos tramitan para los proveedores incumplidores, y la señalada escasa información sobre dichas penalidades —cuando éstas tienen lugar— que los campos del Sipro admiten reflejar. A pesar de ello, hubo también opiniones, aunque minoritarias,

que indicaron que la información sobre proveedores incumplidores aumenta año tras año, atribuyendo esto a una mayor cantidad de incumplimientos, pero también a un mayor esfuerzo de concientización llevado a cabo por el órgano rector a través del tiempo. Este esfuerzo buscó explicitar a los organismos la importancia de informar los incumplimientos, para que el Sipro pueda cumplir su verdadera función de comunicar a los organismos las características prestacionales de los diversos proveedores del Estado y promover las compras y las contrataciones más convenientes, así como los interlocutores más responsables, vedando la participación del sancionado en todo el ámbito del Poder Ejecutivo nacional sujeto al régimen del dec. 1023/2001.

En ese orden, y con respecto a la falta de un apartado registral previo que permita "valorar" ex ante la idoneidad de los proveedores, es menester recordar que, además de la indicación únicamente de su carácter de "habilitado" o "inhabilitado", el sistema arroja de cada proveedor un listado de sus últimas ventas y contratos, aunque su actualización depende del propio registrado, que desde luego habrá de introducir en la página aquellas prestaciones exitosas donde haya dejado referencias positivas acerca de su desempeño. Particularmente, este sistema permite presentar ofertas a toda persona física o jurídica sin necesidad de estar inscripto allí previamente, dado que ésta es exigible únicamente a los adjudicatarios, lo que evita a esta herramienta de transparencia erigirse en una restricción a la posibilidad de participar. Otra crítica recibida de parte de los más veteranos ejecutores de contrataciones públicas consiste —siempre según el citado estudio de la Oficina Anticorrupción que tomamos como basamento de este apartado— en que, a diferencia del derogado, y detallista, reglamento 5720/1972, no habilita como tal a los proveedores, sino que, por defecto, sólo los inhabilita tras una sanción de tediosa tramitación, con intervención del servicio jurídico del ente u organismo de origen y del de la propia ONC. No obstante, se consideró en su diseño que este funcionamiento del Sipro es el más transparente para garantizar la concurrencia de oferentes. Sin embargo, sin hacer exclusivo hincapié en las percepciones que se expusieron, cabría encaminar una solución normativa para los inconvenientes de la actualización de la información de proveedores y la organización de un sistema de sanciones más eficiente que permita al Estado conocer acabadamente los antecedentes de los cocontratantes con anterioridad a la adjudicación efectiva de un contrato, para lo cual podría auxiliar la publicación de los informes de auditoría en la página de internet de cada uno de estas jurisdicciones y entidades, de modo

que no sólo tomen conocimiento en el ámbito del organismo específico auditado sino en toda la Administración y hasta cualquier ciudadano, a efectos de acceder, verificar y controlar la gestión o la acción de cada proveedor y de cada organismo en particular.

b) El pago

La instancia de cancelación de las facturas y los certificados de obra, por involucrar un proceso netamente interno de la Administración, que va desde la efectiva asignación presupuestaria de la cuota de devengado necesaria para la emisión de la orden de pago por el área de liquidaciones, y de la cuota de pagado, imprescindible para que la tesorería jurisdiccional o la general disparen la transferencia electrónica a la cuenta bancaria declarada por el cocontratante, pasando por la firma ológrafa del primer instrumento liquidatorio citado, han permanecido siempre fuera del control social. Ya Gordillo, en su célebre opúsculo "La Administración paralela"[\(60\)](#), advertía de la posibilidad del tráfico de favores en diversas instancias de trámite, como la acción de pago —que debiera ser automática una vez superados los controles de recepción pertinentes—, tradicionalmente concebida como un modo de acelerar o destrabar la cancelación de lo debido, cumplimiento a que el Estado está obligado sin más. Algunas herramientas informáticas, como el sistema Comdoc, permiten, sin embargo, el seguimiento del expediente de pago —uno por cada libramiento o conjunto de pagos a favor de una misma persona física o jurídica—, y el sistema SLU, la emisión de la orden de pago y las operaciones financieras supra enumeradas. En éstas no se trata de operaciones correspondientes a contratos realizados bajo el régimen de la ley 13064 o sucedáneos con financiamiento externo o mixto, con contrapartida local o sin ella, nos referimos a la posibilidad de aportes provinciales o municipales, pero siempre con la documentación respaldatoria de la recepción y la conformidad definitiva del bien, la obra o el servicio. Es verdad que no todos los proveedores están familiarizados con esta jerga, y menos acostumbrados al manejo del sistema Comdoc o al acceso a los números de expediente de pago, los que sin embargo no pueden ser excluidos válida ni legítimamente de su conocimiento, ya que aquí también funciona la vista amplia, en razón de que el antes aludido art. 19, dec. 1023/2001, no refiere dentro del lapso de reserva a este segmento del ciclo contractual y sí lo incluye, en cambio, la referencia abierta a todas las etapas de la contratación pública que ubica como campo de aplicación del contexto de transparencia su art. 9.

V. HACIA UNA DEFINICIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO "TRANSPARENCIA" EN EL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL

Como una consecuencia de los distintos análisis previos y en aras de marchar hacia una definición superadora de la transparencia, que la despegue —sin escindirla— del concepto más restringido, aunque más inmediato en su aproximación, cual es el de publicidad, ordenador, según vimos, de un principio de larga data en la doctrina y la legislación contractual pública. Nos animamos ahora a sugerir, a modo de resumen, algunas medidas que nos parecen sencillas y benéficas para incrementar la transparencia en la operatoria de la contratación pública: a) modificar la designación de "contratación directa" del art. 25, inc. d, y de las demás situaciones en las que se requieran tres invitaciones o más, es decir, que exista objetivamente pluralidad de cotizaciones y puja o competencia consecuente, para reservar aquel rótulo únicamente a los casos de cotizante unívoco, de contratación exclusiva y excluyente de otros postores; b) proveer a la instrumentación y a la capacitación para el diseño y la difusión anticipada —especialmente en internet, cámaras empresarias, revistas y otros medios y servicios especializados— de los programas anuales de compras y obras según las normas vigentes; c) fomentar la elaboración participativa de los pliegos de bases y condiciones, estableciendo la obligatoriedad de su empleo una vez superado un umbral económico dado, al modo de los procedimientos implementados en los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos e Interior del gobierno nacional, suplantando el juicio de justificación que trae el art. 8, dec. 1023/2001, que al ser facultativo refleja una escasa utilización práctica; d) promover también el compromiso del sector privado con la transparencia a través de la suscripción de pactos sectoriales de integridad, para producir el involucramiento positivo de las organizaciones empresariales con las buenas prácticas en el campo de las contrataciones estatales; e) impulsar el arraigo normativo y, sobre todo, operativo, del acto de apertura como acto público de acceso irrestricto; f) habilitar definitivamente la vista amplia y abierta de las actuaciones contractuales a oferentes y personas físicas o jurídicas ajenas a ese procedimiento, sin ceñirse a ONG o asociaciones específicas en la materia, según establece el nuevo proyecto de Reglamento de contrataciones del Estado federal que comentamos supra; g) promover también prácticas de cogestión con las auditorías internas en los procesos de recepción de bienes y servicios y extender sus alcances a las obras e inversiones, especialmente en el ámbito de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos concesionados o licenciados, así como de

espacios dominiales permisionados o concedidos; h) imprimir al trámite o expediente de pago (comprensivo de la recepción definitiva, certificado de obra, factura, orden de pago y transferencia bancaria) idéntica visibilidad y disponibilidad en internet [\(61\)](#) para su seguimiento y eventual solicitud de vista (amplia). Creemos que los medios técnicos están dados, dentro del proceso de modernización del Estado en su conjunto, para permitir, sin mayor trastorno ni disminución de la eficiencia, que se impetren tales procederes, acompañando el cambio en curso con la adecuada capacitación y mentalización de los operadores de las direcciones y áreas materiales de compras y contrataciones [\(62\)](#).

Si "...los ciudadanos son los dueños, los propietarios del aparato administrativo...", según sostiene el académico español Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, a quien traemos a este tiempo de conclusiones para recordarnos que "...los derechos fundamentales de la persona se han abierto paso en las Constituciones, configurándose como Derecho objetivo supranacional, ya que han de interpretarse de acuerdo con las Declaraciones y Tratados Internacionales, vinculando al propio legislador ordinario... Pues bien, dentro de este movimiento de acercamiento a la idea de servicio a la persona y la sociedad, a los ciudadanos, la reforma administrativa exige, junto a otras características esenciales, la de ser transparente. Transparencia que supone, para ser real y efectiva, una verdadera participación de los ciudadanos en la adopción de las decisiones administrativas"[\(63\)](#). Entre nuestros compatriotas, la precitada jurista Miriam Ivanega, que según vimos se ha pronunciado repetidas veces acerca del tema, en su disertación correspondiente en las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo de Venezuela [\(64\)](#) definió lo transparente como "...aquello que se vislumbra, que se deja adivinar sin declararse o manifestarse: lo claro, lo que se comprende sin duda o ambigüedad", para rematar en seguida: "La Administración no sólo debe servir, sino que debe demostrar cómo sirve: organización y actividad deben ser transparentes".

Ya vimos que la opacidad concluye —por omisión— en producir un efecto similar al de la manipulación o la mentira —por acción—, que en cualquier caso alcancen o no para constituir una figura punible, concluyen en una forma espuria de proceder y en la exclusión de oferentes carentes de vínculos con el funcionariado gobernante o de grandes recursos técnicos o económicos. La transparencia y sus mecanismos aquí mentados no se convierten en una traba a la eficiencia, sino en una garantía de veracidad y legitimidad. Como corolario,

entendemos que el principio de transparencia debe, como correlato, abarcar diversas medidas concretas que lo hagan efectivo en la actividad contractual pública, así como suficientes connotaciones que no ciñan su alcance conceptual a los enunciados habituales de difusión. En nuestro concepto, transparencia es: a) dejar ver, en su faz pasiva, como permisión: es franquear todo valladar a un acceso pleno y oportuno, desde las auditorías hasta la ciudadanía en su expresión más inorgánica, pasando por todas y cualquier forma de organización de la sociedad civil, cuerpos políticos intermedios y empresas; y b) hacer ver, siempre y por todos, en su faz activa como labor de difusión consistente en adoptar iniciativas y realizar acciones administrativas concretas que no sólo publiciten sus llamados a contratación, de modo oportuno y eficiente, sino que convoque a cada vez mayor competencia y contralor de personas ajenas a cada instancia de gobierno, exteriores a toda influencia, y que también se incremente el acceso sin cortapisas al procedimiento contractual de manera integral, en cada etapa, antes incluso desde el plan anual de adquisiciones y obras, desde la formulación de los proyectos —cuando su magnitud o trascendencia lo ameriten— hasta el último pago, pena o sanción aplicados. La Administración, bajo cualquier forma que asuma, no debe ocupar su celo en el resguardo del secreto privado: si hay oferentes que estiman que sus precios y productos o servicios no deben ser revelados, deberían abstenerse de concurrir a mercados públicos, donde pueblo y derecho reclaman visibilidad completa. El funcionario público debe actuar como garante de la transparencia, su interés coincide con el superior interés de la comunidad a la que Estado y gobierno sirven. Los cotizantes acuden en mejores condiciones de competencia cuando más saben de sus competidores, todos en forma pareja y simultánea. Así se protege mejor el interés y el patrimonio público comprometido, se atienden mejor las necesidades que motivan el gasto y el conjunto social de sus destinatarios. De cara a las empresas oferentes, permite desplegar también una mejor construcción de ciudadanía, de responsabilidad social plena. El circunscribir las políticas públicas de transparencia a lo primero implicaría apenas una transparencia declamativa, factible de resultar desmentida en cada compra, por cada omisión —aun de buena fe— de cada UOC o de cada funcionario adjudicante. Lo primero nos remite a una mera apariencia, una suerte de disimulación en los términos antes asejados de la filosofía medieval, que alguna veces podrá ser honesta por desinteresada y otras podría resultar deliberadamente deshonesto, corrupto. "El ciudadano se perturba y desconfía ante las prácticas administrativas que no conoce, ante los procedimientos oscuros

y ante las decisiones que no comprende, como si todo sucediese en un medio mal iluminado o impenetrable a los ojos de los interesados. De este contraste entre las sombras y la luz, entre opacidad y transparencia, nacen nuevos instrumentos jurídicos que dan cuerpo a la transformación de la Administración Pública, y que están en el origen de las nuevas prácticas y de los nuevos métodos que se ensayan", puntualiza el precitado autor español, y en seguida, con cita de Gennal pone de relieve que "...la transparencia no es un resultado que se obtenga sin haber cumplido antes la condición previa fundamental: procedimientos claros, documentados y difundidos entre todos los operadores internos y externos"[\(65\)](#). Dependerá entonces de las conductas desplegadas en cada situación, en cada organismo o empresa pública, en cualquier instancia y jurisdicción, el pasaje de la sola enunciación, como un disfraz deformante del deber ser, tanto del régimen normativo como del discurso del príncipe de turno, a la concretización, o ser, cuyo producto, la realidad efectiva, se erigirá en definitiva como opaca o transparente, determinando consecuentemente su grado de veracidad última, o única y definitiva. Ninguna precaución es suficiente, ninguna transparencia es demasiada.

(1) Sancionada el 4/12/1996, promulgada de hecho el 13/1/1997, había sido aprobada en el seno de la tercera sesión plenaria de la Organización de Estados americanos celebrada el 29/3/1996 en Caracas, Venezuela.

(2) Sancionada el 10/5/2006, promulgada el 6 de junio de ese año, también de manera ficta, conforme fuera adoptada en Nueva York en la asamblea del 31/10/2003.

(3) Ivanega, Miriam M., "La participación y el control ciudadano en los procesos de formación y ejecución contractual", en AA.VV., "Cuestiones de contratos administrativos. Jornadas de la Universidad Austral en homenaje a Julio R. Comadira", Ed. RAP, Buenos Aires, 2006, ps. 920 y ss.

(4) Maquiavelo, Nicolás, autor de "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", "Historia de Florencia", "Del arte de la guerra" y su celebérrima "El príncipe" —1513—, aunque editado recién en 1532, después de la muerte del florentino, quien nunca supo de su fama; Castiglione, Baltasar, y su "Libro del cortesano" —1528—; Gracián, Baltasar, "El político don Fernando el Católico" —1640—, aunque perteneciente al barroco español, entre otros autores y obras medievales. Podríamos también citar, entre los precursores italianos, los trabajos de Pico Della Mirandola, Giovanni, "Discurso sobre la dignidad del

hombre" (circa 1490) y el "Tratado acerca del régimen y gobierno de la ciudad de Florencia" —1498—, del fraile y reformador Jerónimo María Francisco Mateo Savonarola.

(5) Nosotros consultamos la edición de El Cuenco de Plata, Buenos Aires, 2005, dotada con un erudito estudio preliminar de Sebastián Torres, "Di/simulación, los pliegues de la subjetividad a comienzos de la modernidad".

(6) Torres, Sebastián, "Di/simulación, los pliegues...", cit., p. 9.

(7) Torres, Sebastián, "Di/simulación, los pliegues...", cit., p. 17.

(8) Accetto, Torquato, "La disimulación...", cit., VIII, p. 109.

(9) Art. 25, inc. d, apart. 6, dec. delegado 1023/2001, y art. 26.c, dec. 436/2000.

(10) El art. 10, que equipara la ausencia de pronunciamiento expreso por la Administración con la ambigüedad o indecisión de una medida, resguarda al particular de la carencia de una decisión expresada en un acto administrativo —o de su incompletitud o inoperancia para resolver la situación creada—, habilitándolo para interpretar denegado su reclamo o solicitar el amparo judicial por mora del art. 28, LNPA. La construcción protectora se completa con la postergación del cómputo del plazo para interponer demanda judicial impugnativa de esa conducta omisiva o reticente que trae el art. 26. En su nota 63 de la p. 57 sobre la obra de Accetto, Sebastián Torres distingue el silencio como una de las virtudes que formó parte del paradigma medieval de la vida contemplativa, pasando a definir más tarde una de las formas de la prudencia, propias de la cultura de los siglos XVI y XVII, como una de las máscaras que lleva a la simulación y la disimulación. Coincidimos con este último aserto respecto del efecto en el obrar administrativo actual del tipo legal comentado —que busca hacerla caer—, una garantía vigente contra un antiguo proceder di/simulador.

(11) Giraud, Claude, "Acerca del secreto", Ed. Biblos, Buenos Aires, 2007, col.: "Pensamiento Social", ps. 15 y ss. Tuvimos oportunidad de tomar contacto con el pensamiento del Prof. Giraud en ocasión de la conferencia "Cambio y Modernización en las Administraciones Públicas" que dictara en el Instituto Nacional de la Administración Pública los días 24 y 25/7/2007.

(12) Giraud, Claude, "Acerca del secreto", cit., p. 17.

(13) Giraud, Claude, "Acerca del secreto", cit., ps. 83 y 84.

(14) Accetto desempeñaba el rol de "secretario": administrador de los bienes de la

nobleza, sin ser noble; confidente y redactor de su señor, del que debían ejecutar sus asuntos —acordaran o no con su valoración—, obedeciéndolo escrupulosamente según su voluntad. "Mísero el mundo, si tú —la disimulación— no socorrieras a los míseros", ora este autor en el cierre de la conclusión ("La disimulación...", cit., XXV, p. 156) de su tratado, invocándola como refugio de su suerte, en búsqueda de cierta dignidad que la connivencia con el poder injusto —XIX— le arrebatara, al menos, hasta la aurora del juicio, momento último en que no hará falta la disimulación entre los hombres —XXIII—.

(15) Torres, Sebastián, "Di/simulación, los pliegues...", cit., p. 43. Apunta también más adelante que Erasmo se preocupaba por afirmar que la vida es así, no que es como si, en un válido intento por desterrar la simulación, y aun la disimulación, de la escena de la política y el gobierno.

(16) Giraud, Claude, "Acerca del secreto", cit., ps. 100 y 101.

(17) Esta norma vino a cerrar una disquisición de larga data en nuestra doctrina acerca del principio o la regla general imperante: licitación pública o libre elección, entendido este último como facultad discrecional del administrador; así, Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. III-A, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 208; o la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus fallos previos a la entrada en vigencia de este régimen (v.gr., "Meridiano v. AGP S.E", Fallos 301:292 y "Almacenajes del Plata S.C.A v. AGP S.E", Fallos 31:2385), en los que, en resumen, sostenía que, ante la ausencia de previsión legal expresa que exigiera la licitación pública —como el actual art. 24 supra citado—, debía estarse por la validez de actos contractuales que la hubieren obviado.

(18) Fiorini, Bartolomé A. y Mata, Ismael, "Licitación pública", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972; Dromi, José R., "Licitación pública", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998; Comadira, Julio R., "La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000; entre otros.

(19) Ivanega, Miriam M., "El principio de transparencia en las etapas de formación y de ejecución contractual, en AA.VV., "Los contratos administrativos: contratos del Estado", t. II, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Alan Randolph Brewer-Carías, Fundación de Estudios en Derecho Administrativo (Funeda), in memoriam del Prof. Julio R. Comadira, Caracas, 2005, p. 230.

(20) Ivanega, Miriam M., "El principio...", cit., p. 229.

(21) Circular ONC 27 del 6/8/2007. Dicha pluralidad de oferentes es establecida en relación con las contrataciones directas de dicho monto (apart. 1), las que procedan tras dos llamados a licitación desiertos o fracasados (apart. 4) y, asimismo, las que respondan a situaciones de urgencia (apart. 5).

(22) El párr. final del art. 25, inc. d, dec. 1023/2001, regula en este orden que "en las contrataciones directas en las que corresponda efectuar invitaciones, de acuerdo con la reglamentación, también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar". Igual previsión establece este régimen al cierre del inc. c referido a la licitación o el concurso privados. La reglamentación preexistente, de vigencia residual a esta fecha.

(23) Así lo expresamos en oportunidad del Seminario Implementación de Acciones para la Transparencia en las Contrataciones Públicas, Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, noviembre de 2008, El estado de las contrataciones 2, Ed. Oficina Anticorrupción, Buenos Aires, 2009, p. 102. Agregamos ahora como metodología de prevención la elección aleatoria de oferentes, mediante el uso de un algoritmo informático que impida la repetición de adjudicatarios para el mismo rubro en el caso de las contrataciones directas, por razones de urgencia o por cualquier condición de excepción, siempre que haya posibilidad de pluralidad disponible. Dicha elección de los oferentes a través de un mecanismo aleatorio dentro de un sistema de proveedores impide un escenario propenso a las influencias externas y al soborno.

(24) Sistema de normas de estandarización de los bienes y los servicios informáticos y sus comunicaciones asociadas, que periódicamente actualiza los contenidos y las especificaciones a que deben ajustarse las contrataciones de tales objetos, bajo determinada tipología de bienes y servicios (servidores, ordenadores personales, periféricos, servicios de soporte, insumos, etc.). Tradicionalmente, su verificación se instrumentaba mediante la remisión al órgano rector de tales competencias, la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información, dependiente de la Secretaría de Gabinete de la Jefatura de Gabinete de Ministros, para su dictamen. Hoy, tal giro documental ha sido reemplazo por la consulta en línea de las especificaciones atinentes a cada pliego mediante la operativa denominada "ETAP online", aprobada mediante res. 163/2010 de la Secretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Estado Nacional, cuyos

alcances fueran aclarados mediante las circulares 1 a 3 de 2010 de la Subsecretaría de Tecnologías de Gestión de la precitada Secretaría de Estado.

(25) Recordemos que, en el ámbito federal, la Procuración del Tesoro de la Nación, con validez unívoca para todos los servicios jurídicos que conforman el Cuerpo de Abogados del Estado, caracteriza la urgencia con las notas de objetividad y verificabilidad, imponiendo su respaldo documentario a través de informes técnicos serios y previos a la contratación, de los que surja la urgencia como dato de la realidad, debiendo ser constatable fácticamente a través de las constancias del expediente que le sirven de causa a cada contratación en particular (Dictámenes 259:269, entre varios concordantes). Resulta de ello que la meritación de la urgencia, lejos de acabar en el juicio subjetivo del requirente de la contratación, reclama de dichas pautas materiales, no sólo enunciadas sino probadas acabadamente en las actuaciones, como justificativas de tal encuadre. Recordemos aquí que todas las figuras de excepción previstas en el inc. d del art. 25, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, instaurado por vía del mentado decreto delegado 1023/2001 son, en tanto tales, tipos de interpretación restringida y, ante una duda razonable acerca de su procedencia, debe estarse por la negativa de su adopción.

(26) Conviene también en este punto repasar la labor interpretativa que realizara el órgano rector en oportunidad de emitir la circular ONC 11.

(27) Ya dimos cuenta en detalle de la conveniencia de este proceder en un trabajo —en coautoría— anterior: Del Boca, Vanesa, Raffoul, Sara y Torres, Hugo I., "El presupuesto como punto de partida de la transparencia en las contrataciones públicas: la publicidad anticipada del Plan anual de compras y obras", JA, secc. Doctrina, 2010, ps. 1389/1395, al que ahora remito para no incurrir en reiteración.

(28) Mairal, Héctor A., "Las raíces legales de la corrupción", Cuadernos Res Pública Argentina, Ed. RAP, Buenos Aires, 2007, ps. 76 y ss.

(29) Me permito aquí una digresión para señalar un error frecuente dentro de organismos y UOC: la confusión de un objeto o renglón único con los ítems que eventualmente lo compongan: suele ocurrir que en un determinado pliego elaborado como de renglón único no se aclare con suficiencia que los ítems que puedan componerlo son inescindibles, y que la ausencia de uno invalida el todo de la oferta, pasible de ser considerada incompleta, y que, en consecuencia, la adjudicación recaerá forzosamente

sobre un único oferente, cuya propuesta sea, en la consideración del total de los ítems como un conjunto, la más conveniente. Tanto más cuando la carga de la solicitud del gasto como renglón único en el proceso informático de aplicación de fondos, mediante el sistema SLU, en el Estado nacional, no admitirá su partición material, ni más de un precio de cotización, en modalidad que habrá de arrastrar en la evaluación, en la adjudicación y en cada orden de pago derivada. En tales casos resulta por demás provechoso, y puede evitar presentaciones reclamativas de diversa índole, con el consiguiente dispendio de actividad y tiempo útiles, la inclusión de una cláusula aclaratoria de tal forma de adjudicación en términos similares a los precedentes.

(30) Práctica también señalada por Mairal, Héctor A., "Las raíces...", cit., entre otros.

(31) Art. 18, dec. 1023/2001: "Revocación de los actos administrativos del procedimiento de selección. La comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado del trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes".

(32) La página oficial del Estado nacional www.argentinacompra.gov.ar ofrece una exhaustiva información y herramientas de búsqueda que, con el tiempo y la actividad de análisis adecuados, pueden arrojar valiosos datos de la realidad al operador de contrataciones, para un mejor conocimiento del desempeño de proveedores y de precios y magnitudes de distintos rubros de bienes y servicios.

(33) Este criterio fue incorporado al ordenamiento vigente a través del dec. 1075/2001, el que en sus arts. 5 y 6 de promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas, con el declarado propósito de facilitar e incrementar la participación del sector en la adjudicación de las licitaciones y los concursos relativos a la adquisición de bienes y servicios en cantidades acordes con su escala de producción. En tales casos se prevén dos supuestos: la posibilidad de cotizar en forma parcializada y la alternativa que habilita al organismo contratante a dividir el requerimiento en diferentes renglones, todo lo cual debe aparecer claramente señalado en el pliego respectivo.

(34) Del Boca, Vanesa, "El estado de las contrataciones 2: estudio en profundidad de las contrataciones públicas", Ed. Oficina Anticorrupción - PNUD, Buenos Aires, 2009, ps. 48 y 85.

(35) Este Reglamento General sería de aplicación analógica si nos atenemos a la clasificación de los pliegos dentro de la clase de acto general no normativo que sostiene entre nosotros Comadira.

(36) Régimen de compras del Estado nacional y concesionarios de servicios públicos "Compre Trabajo Argentino", BO 29806, del 21/12/2001.

(37) Arts. 1 y 10 de la misma norma.

(38) En oportunidad de concurrir, sobre fines de 2008, a la jornada tradicionalmente conocida como "Día de la Competencia", organizada por la Fiscalía Nacional del Estado de la República de Chile, tomé conocimiento de la importancia que se asigna en el hermano país al desarrollo teórico del concepto y a la persecución de las prácticas colusorias.

(39) Art. 32, dec. 1023/2001.

(40) Zubiaur, Carlos A., "El principio de concurrencia en la licitación pública. Restricciones y garantías", en AA.VV., "Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff", dir.: Juan Carlos Cassagne, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, ps. 994 y 996.

(41) Art. 17, LNPA.

(42) Art. 18, dec. 1023/2001, ya visto.

(43) Art. 7, inc. d, LNPA.

(44) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho...", cit., t. III-A, entrada 657.d, ps. 241 y 242.

(45) Art. 9: "Transparencia. La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones, y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas". Tal la redacción original de la norma, que no obstante prever

claramente la obligatoriedad de imprimir un contexto de transparencia en todas las etapas de la contratación administrativa, seguía la fecha de la antes citada reforma suscitando dudas en tal orden para algunas UOC aferradas a reglas y costumbres pretéritas.

(46) Entendemos que la información reservada debe ser, ésta sí, interpretada de modo restrictivo, en orden a los principios que venimos comentando. Creemos que sólo deberá admitirse tal carácter de la expresamente declarada secreta por el Poder Ejecutivo; o de las patentes de invención o fórmulas de productos o procesos amparadas por el secreto industrial, comercial, financiero, científico o técnico que se excluyen asimismo del dec. 1172/2003 del acceso a la información pública. Va de suyo que los precios, ni los nombres, marcas o descripciones ordinarias de productos y servicios son abarcados, en nuestra interpretación, por dicha exclusión.

(47) Reflejadas en Raigorodsky, Nicolás y Del Boca, Vanesa, "El Estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las contrataciones públicas", Ed. Oficina Anticorrupción - PNUD, Buenos Aires, 2007, ps. 78 y ss.

(48) Disposición 46 de la Dirección General de Compras y Contrataciones del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 7/2/2011.

(49) Arts. 103 y 107, dec. 1510/1997, del gobierno de la CABA, reglamentario de la ley local de rito.

(50) Disposición 137/2011 de la Dirección General de Compras y Contrataciones del Ministerio de Hacienda del gobierno de la CABA, del 28 de mayo de ese año. BO de la CABA 3673 del 30/5/2011.

(51) Res. 1754 del 18/10/2011 del Ministerio de Hacienda del gobierno de la CABA.

(52) Giraud, Claude, "Acerca del secreto", cit., p. 138.

(53) Ivanega, Miriam M., "El principio...", cit., p.258.

(54) Su texto completo dice: "Vista de las actuaciones. Cualquier persona podrá tomar vista del expediente por el que tramite un procedimiento de selección, con excepción de la documentación amparada por normas de confidencialidad, o la declarada reservada o secreta por autoridad competente. No se concederá vista de las actuaciones durante la etapa de evaluación de las ofertas, que se extiende desde el momento en que el expediente es remitido a la Comisión Evaluadora, hasta la notificación del dictamen de evaluación".

Consideramos que no cometemos infidencia en su transcripción, atento el estado público dado por la propia ONC en sus foros y cursos al proyecto todo; antes bien, estimamos que este comentario contribuye a su difusión, en especial respecto de aquellas medidas como la presente que consideramos valiosa. El destacado, que sigue lo antes apuntado, nos pertenece.

(55) Art. III: "Medidas preventivas... 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción". Recordamos una vez que esta convención de la Organización de los Estados Americanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional, incorporada a él mediante ley 24759.

(56) Recuérdese en este sentido que la norma contenida en el art. 16, dec. 1023/2001, habilita la consulta de cualquier base de datos pública para mejor discernir acerca de la elegibilidad de los proponentes en consideración de sus antecedentes de cumplimiento, no sólo fiscal o tributario, sino de sus obligaciones contractuales y sus comportamientos técnicos y éticos.

(57) El pto. III de ese mismo Anexo II instruye el trámite del servicio de análisis de pliegos, herramienta de singular importancia en la orientación que antes propiciamos.

(58) El Sipro, creado por el art. 137, dec. 436/2000, actúa como una base centralizada de datos, bajo la administración de la ONC.

(59) Del Boca, Vanesa, "El estado...", cit., ps. 77 y ss.

(60) Gordillo, Agustín, "La Administración paralela", Ed. Civitas, Madrid, 1982, ps. 58 y ss.

(61) Una información periodística publicada en la edición del 22/1/2012 en La Nación, p. 16., da cuenta, entre otros temas relativos al contenido y la utilidad de las páginas web públicas, de un informe del Centro de Implementación de Políticas Públicas que, entre otros contenidos, el portal del municipio del partido de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, permite acceder abiertamente al avance de su ejecución presupuestaria, los gastos y los sueldos del personal y el pago a proveedores, por lo que no se nos ocurre descabellada esta propuesta, a pesar de que dicho informe ilustra que sólo un tercio de las municipalidades relevadas dispone de la publicidad de sus licitaciones en línea más allá de sus convocatorias, lo que convierte en imposible el seguimiento de su desarrollo.

(62) Dado que como bien señala Rodríguez Arana-Muñoz, atreviéndonos aquí a la transpolación de sus conceptos respecto de nuestras posiciones antes enumeradas: "Más importante que las formulaciones normativas es la transformación de las ideas y comportamientos del personal al servicio de las Administraciones Públicas, capaz de hacer suyas estas importantes transformaciones, dando contenido concreto en la práctica a las medidas de reforma que se pretenden".

(63) Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, "Ética, poder y Estado", Ed. RAP, Buenos Aires, 2004, p. 123.

(64) VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Alan Randolph Brewer-Carías, in memoriam del profesor Julio R. Comadira, cit., ps. 229 y ss.

(65) Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, "Ética, poder...", cit., p. 124.