

## El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración

Tomás HUTCHINSON\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Metodología.* III. *Presupuestos legislativos.* 1. *Consideraciones generales.* 2. *La elección del contratista.* 3. *Habilitación legislativa.* IV. *Los presupuestos administrativos.* 1. *El órgano contratante.* 2. *El contratista.* 3. *Competencia/capacidad de los cocontratantes.* 4. *El fin.* 5. *La causa.* 6. *El procedimiento interno.* 7. *Procedimiento de selección de contratistas.* 8. *El oferente.* V. *Conclusión.*

\* En vida, el profesor Gustavo Adolfo Revidatti me halagó con su amistad y me dispensó un reconocimiento intelectual, inmerecido, que siempre le agradecí. Tanto fue así, que en los dos tomos de su *Derecho Administrativo*, publicados por la Fundación de Derecho Administrativo, aparece mencionado que la edición de los mismos estuvo a mi cuidado. ¿Qué quiso significar tal mención?

El profesor Revidatti me envió los borradores para que los leyera y le indicara mis discrepancias. Así lo hice, y de la misma forma que lo hiciera, en el Manual, otro gran jurista, el profesor Manuel M. Diez, algunas aquél las aceptó.

Tiempo después hizo lo mismo con unos borradores sobre los *Contratos*. Fui señalando algunas sugerencias, pero los encuentros fueron tan espaciados –debido a su enfermedad y mi estancia en Ushuaia– que su muerte nos sorprendió sin haber concluido yo mi tarea. Revidatti no pudo publicar, como los otros, ese libro; la familia tampoco. Sé que ese borrador, o alguno similar, se lo hizo llegar a otros amigos y aparentemente se publicó una especie de separata que nunca llegó a mis manos.

En este trabajo, sobre un aspecto de los contratos, sigo muchas de las ideas que él me hizo llegar en su momento y aparecen algunas de las sugerencias que yo había volcado (más otras nuevas) en ese borrador. Fue imposible citarlo por lo explicado anteriormente. Pero nobleza obliga.

Vaya de paso, como reconocimiento a ese eximio jurista, profesor, juez, gobernador, constituyente, etc., pero fundamentalmente a esa gran persona y amigo leal que fuera Gustavo Adolfo Revidatti.

## I. Introducción

Cabe hacer algunas reflexiones acerca de algunos temas precontractuales que, normalmente, son poco analizados por la doctrina<sup>1</sup>.

Hay cosas sin las cuales otras no pueden existir (el aire en relación a las personas o el territorio o la población en relación al Estado). Estos ejemplos demuestran que hay presupuestos necesarios de la existencia del otro. El Estado no existiría sin población, sin territorio. La población o el territorio no son elementos integradores del Estado, sino que son presupuestos del mismo. Del mismo modo no hay pez sin agua, pero ésta no integra el pez. Lo mismo pasa con el acto<sup>2</sup> o con el contrato.

Además, tratar de unificar los presupuestos dentro de los elementos trae problemas. Así en el acto administrativo, muchas veces se dijo que debía haber un *sujeto*, público, con una *competencia*, limitada por un fin, que actuaba estimulado por una causa, cumpliendo un procedimiento, y todo eso era regulado por el Derecho Público, entonces todo acto –y lo propio cabe decir del contrato– debía ser regulado por el subsistema del Derecho Administrativo.

De esa manera se comete un error, pues se pasa por alto que lo que establece y sirve para determinar la naturaleza jurídica es el concreto régimen jurídico que rige la relación<sup>3</sup>. Ésta es la que determina la validez o no del objeto, contenido y forma.

La doctrina que deriva de la existencia de ciertos presupuestos, regidos por el Derecho Administrativo, una naturaleza unitaria pública para todo contrato en que participe el Estado no es aceptable, porque eso no ocurre en la práctica.

Giannini decía, con ajustada razón, que el contrato es una constelación

<sup>1</sup> Algunos de estos temas suele tratarlos la doctrina, dentro del título de *Elementos del contrato*. Me parece que metodológicamente cabe dividir los presupuestos (comprendiendo dentro de este rótulo el tránsito entre presupuestos y elementos). No es una clasificación caprichosa pues un examen atento de las circunstancias que rodean a uno y a otro, indica que hay una clara diferenciación entre unos y otros. Algunos son presupuestos y otros son elementos.

<sup>2</sup> La competencia o la causa no integran el acto; no son elementos del acto; son presupuestos.

<sup>3</sup> Hutchinson, Tomás, *Las corporaciones profesionales*, FDA, Buenos Aires, 1982, ps. 61 y ss.

de actos, cada uno de los cuales debe reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos al acto en la constelación que lo rige; por lo tanto, lo que debe reunir y el modo como debe actuar el sujeto público en la elaboración de un contrato, es exactamente lo mismo que lo que le es impuesto en lo concerniente a los actos.

Lo que sucede es que se lo puede analizar desde distintos puntos de vista y cada uno de ellos es lo que se denomina presupuestos, elementos, etcétera. No hay divisiones como si fueran compartimientos estancos, sólo facetas de análisis.

Parto de un supuesto que prefiero quede expresamente consignado: pretendo alcanzar un fin; para ello la mención de algunos presupuestos, que es el tema que voy a abordar, tiene sólo un objeto didáctico y aclarativo.

Digo algunos presupuestos, porque voy a dejar el camino que inicio ahora con el acto de las propuestas de los oferentes. Dicho corte es arbitrario, pero tiene su razón de ser. Otros autores abordan el tema de los procedimientos de selección (licitación pública, licitación privada, concurso, remate, subasta, etc.) y no es cuestión de andar repitiendo temas. Por qué me planto en el acto de las propuestas; porque he querido referirme sólo a aquellos actos de la Administración que son los menos estudiados.

Cada legislación ha establecido sus propias modalidades para la selección del contratista; por ello no me remito a ninguna, sino que analizo la cuestión en forma general, teniendo en cuenta lo que es más común. También los diferentes contratos suelen tener procedimientos particulares; si bien puedo hacer tangencialmente mención a algún aspecto de esos procedimientos, me refiero a la figura genérica.

## II. Metodología

Parece conveniente empezar el análisis allí donde comienza la Administración el camino para formar un contrato, y seguirla paso a paso a medida que van apareciendo los distintos presupuestos<sup>4</sup> que estuvieron larvados

<sup>4</sup> Así, cuando me referí al acto administrativo, distinguí los presupuestos de los elementos. Ver Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Comentada, concordada y anotada*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 149.

desde el principio. Podrá verse, entonces, que, por ejemplo, hay un *sujeto*, que tiene *competencia*; que esa competencia está limitada por el *fin* para el cual fue otorgada; que es estimulada por una *causa*; que en virtud de ello comienza un cierto *procedimiento*; que ese procedimiento termina formando una *voluntad*; que esa voluntad se manifiesta sobre un *objeto*, con un *contenido*, y se expresa en una *forma* que finalmente se manifiesta.

Voy a seguir ese tránsito paso a paso (sin ninguna connotación deportiva) y trataré de llevar al lector a lograr una comprensión plena y clara del asunto que me ocupa.

### III. Presupuestos legislativos

#### 1. Consideraciones generales

He afirmado en otras oportunidades que nuestra disciplina es sublegal. Al administrador sólo le es posible hacer aquello que la ley le autoriza a realizar<sup>5</sup>.

En algunas oportunidades la ley le otorga una zona propia a la Administración: su zona atributiva de competencias<sup>6</sup> –lo cual es distinto a hablar de zona de reserva de la Administración–. Zona en la cual hay una habilitación constitucional y, generalmente, amplias previsiones legislativas. Allí transcurre la mayor parte del obrar administrativo.

Pero en algunas oportunidades la Administración necesita para su obrar de una expresa habilitación legislativa concreta. Eso no es lo más frecuente, y por ello en los estudios de la materia se lo suele pasar por alto en la generalidad de los temas<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Hutchinson, Tomás, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, ps. 44-45.

<sup>6</sup> Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Reglamento de la ley 19.549*, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. II, ps. 570 y ss.

<sup>7</sup> Nada se dice respecto de esta cuestión, en general. No se tiene en cuenta, por ejemplo, al clasificar los actos administrativos, una distinción que es una de las más importantes, sobre todo para la utilización de los mecanismos de contralor y para aplicar los sistemas de impugnación: la distinción que existe entre el acto que es dictado por la Administración en su zona atributiva y aquel otro donde hace falta, previamente, contar con una habilitación legislativa. La diferencia es tan importante que, respecto de los sistemas de revisión, tanto por autotutela de la Administración como de contralor judicial,

Distinta es, en cambio, la situación en los contratos, donde por lo menos uno de sus aspectos se ubica, en todos los casos, en la zona que es propia de la Legislatura: el uso y aplicación de fondos públicos. En algunas oportunidades hay otros aspectos más, como, por ejemplo, creación o traspaso de competencias.

Lo propio puede decirse de la elección de la persona que va a ser colaboradora de la Administración en el contrato: *el contratista del Estado*. Voy a analizar sucintamente estas dos cuestiones, alterando el orden, no por ninguna razón metodológica, sino *perchè mi piace*.

## 2. *La elección del contratista*

Es común que la Administración no pueda elegir libremente a su contratista, ya que lo normal es que el orden jurídico positivo, partiendo de los principios de igualdad, libre concurrencia y publicidad<sup>8</sup>, le exija efectuar una selección, respetando ciertos procedimientos; exigencia que puede aparecer más acentuada en relación a algunos contratos que respecto de otros<sup>9</sup>.

Cuando la legislación aplicable exige el cumplimiento de algunos de los procedimientos especiales que la misma –u otra ley– regula, la Administración deberá respetarlo inexorablemente; si así no lo hace el contrato estará viciado por no haberse respetado tal presupuesto<sup>10</sup>. Esos pro-

la doctrina suele distinguirlos por razón de esa circunstancia. Así, en el régimen de autotutela (recurso de alzada, que es uno cuando el acto emana de ente descentralizado creado por decreto autónomo, y es otro cuando es dictado por uno de origen legislativo por imperio constitucional) no se admite. Sin embargo, aquella circunstancia no se la menciona en el capítulo destinado a clasificar los distintos tipos de actos, y naturalmente mucho menos habrá de encontrarse mención a este asunto, cuando se habla de sus elementos o presupuestos.

<sup>8</sup> Cualquiera sea el sistema de elección del contratista, la Administración debe respetar este principio por el cual no solo se puede conocer el cumplimiento de los otros dos mencionados, sino porque de esa manera puede comprobarse si actuó sin arbitrariedad y sin desviación de poder. El control de la opinión pública es uno de los requisitos del Estado de Derecho.

<sup>9</sup> Así, en un contrato *intuitu personæ* la Administración tiene mayor libertad que en otros casos para elegir a su contratista, pues no toda persona suele reunir las especiales características requeridas para efectuar determinada prestación.

<sup>10</sup> Justamente, las normas que establecen los procedimientos especiales para la selección

cedimientos especiales no son exclusivos de los contratos administrativos, sino también de los contratos que la Administración realiza y que son regidos por el Derecho Privado<sup>11</sup>.

El *principio* en la elección del contratista de la Administración es el de la *libre elección*<sup>12</sup>. Tal principio significa que la Administración puede elegir directa y discrecionalmente a aquél<sup>13</sup>, sin tener que cumplir previamente para ello ningún requisito especial de selección.

Lo que quiere significarse cuando se parte de que el de la *libre elección* es el *principio* que rige en la elección del contratista del Estado, es que así será *mientras no haya una norma que expresamente establezca que debe seguirse un procedimiento especial de selección*. Es decir, que cuando no surge a texto expreso que no puede hacerlo, la Administración puede elegir libre y directamente a la persona<sup>14</sup> que va a colaborar en el contrato. Como acertadamente explica Marienhoff, esa posibilidad no quiere significar que tiene posibilidad de una arbitraria elección<sup>15</sup>, pues siendo una actividad de la Administración debe ajustarse al criterio de juridicidad<sup>16</sup>.

de contratistas tienen por fin: a) asegurar el control eficaz de la contratación administrativa; b) evita sospechas de inmoralidad en la negociación, y c) posibilitan la libre concurrencia.

<sup>11</sup> Conf. Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, t. 2, ps. 76-77.

<sup>12</sup> Díez, Manuel M., *Derecho Administrativo*, 1ª ed., Omeba, Buenos Aires, t. II, p. 487; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 1998, t. III-A, p. 158.

<sup>13</sup> Pueden ser contratistas estatales tanto las personas individuales como las jurídicas, nacionales o extranjeras —excepto que en algún supuesto especial se restrinja excepcional y fundadamente la participación de estas últimas—, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la Nación, siempre que dichas personas se encuentren encuadradas en las normas que rigen su actuación en el país y actúen ajustadas a aquellas que disciplinan lo atinente a los contratos del Estado.

<sup>14</sup> Conf. Jèze, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, t. 4, ps. 72, 76 y 81.

<sup>15</sup> Marienhoff, *Tratado...* cit., p. 157.

<sup>16</sup> Alguna doctrina cree que ello no es posible, porque cuando la Constitución adopta el régimen republicano obliga a la publicidad de los actos (art. 1º), y cuando consagra la igualdad de todos (art. 16), establece el régimen licitatorio público para la selección del contratista. Otros, en cambio, sostienen que, dadas las facultades que la Constitución otorga a la Administración, la licitación no es de origen constitucional sino sólo legal. De modo, pues, que si la licitación, parte fundamental en el procedimiento de selección, es de origen constitucional, el principio no puede ser la libre elección; si, en cambio, aquella tiene origen sólo legal, puede aceptarse como principio el de la libre elección. Creo que el error de la primera posición parte de creer que en la libre elección no debe

Ahora bien, que en el contrato administrativo una de las partes sea el Estado, cuya actividad se halla sujeta a distintos tipos de control administrativo, ha llevado en la práctica a que aquél no tenga, generalmente, la total o absoluta libertad para elegir a su colaborador en el contrato.

En realidad, la posibilidad de libre elección<sup>17</sup> está reducida al mínimo; sólo será de aplicación en casos que presenten determinados caracteres<sup>18</sup> –de gran trascendencia o de pequeña importancia económica<sup>19</sup>, o donde prevalece el factor personal del contratista<sup>20</sup>–, pues de acuerdo a nuestro Derecho positivo lo común o habitual es que la Administración deba elegir a su cocontratante en base a distintos criterios, según las circunstancias de selección.

La obligación legal impuesta a la Administración de seleccionar a los contratistas en la mayoría de los contratos mediante un procedimiento especial (licitación pública, privada, etc.) tiene como saldo que estas relaciones contractuales sean más rígidas que las que se conciertan libremente<sup>21</sup>.

Hace tiempo que Rivero dijo que, así como el Derecho Administrativo confiere a la Administración prerrogativas de poder que no podrían existir en las relaciones privadas, también le impone obligaciones mucho más estrictas que las que el Derecho Privado establece para los particulares<sup>22</sup>.

haber publicidad. En este caso, como dice Marienhoff (*Tratado... cit.*, t. III-A, p. 153) la Administración debe darle amplia publicidad a la elección y motivar su decisión, no pudiendo obrar a hurtadillas ni arbitrariamente.

<sup>17</sup> Libre elección no es igual a contratación directa. Aquélla significa total libertad de acción por parte de la Administración (lo que no es igual a arbitrariedad); la segunda sólo procede cuando estén reunidas las condiciones objetivas establecidas por la norma (conf. Marenhoff, *Tratado... cit.*, p. 163).

<sup>18</sup> Conf. Sayagués Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo, 1940, p. 55.

<sup>19</sup> Caetano, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa, 1965, ps. 312-313.

<sup>20</sup> Rivero, Jean, *Droit Administratif*, Paris, 1962, p. 104, N<sup>o</sup> 115.

<sup>21</sup> Si iniciada una obra pública, por ejemplo, la Administración, de acuerdo con el contratista, pudiera alterar libremente el precio, el plazo de ejecución u otra cláusula contractual, estaría burlando las finalidades de los procedimientos de selección. Por ello la inalterabilidad de los contratos administrativos y el régimen de las excepciones a dicha inmutabilidad, por mutuo acuerdo, tiene su causa en la existencia de los procedimientos de selección.

<sup>22</sup> Rivero, Jean, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, en *Revue de Droit Public*, 1953, ps. 279 y ss.

Pero si bien en Derecho positivo la regla es que los textos requieren un procedimiento especial de selección, el principio, el punto de partida, en esta materia es la *libre elección*<sup>23</sup>.

### 3. *Habilitación legislativa*

#### A. *Regla para los contratos*

En los contratos la especial *habilitación legislativa* no puede ser obviada, ya que mientras respecto del acto administrativo la habilitación legislativa es sólo excepcionalmente necesaria<sup>24</sup>, *en el ámbito del contrato es la regla*.

Creo que vale la pena reiterar que, como lo dije al comienzo, naturalmente, la habilitación presupuestaria (acto único o múltiple –delegado o no<sup>25</sup>–) rige para los supuestos de contratos realizados por la Administración en la zona que no corresponde a sus facultades propias (ver numeral 1 de este punto III) y, por ende, por aquellos que corresponden a la zona de las facultades exclusivamente legislativas (art. 75, incs. 8º y 32, Const. Nac.; art. 103, inc. 2º, Const. Prov. de Buenos Aires).

En la zona exclusivamente propia, no hace falta habilitación presupuestaria como resulta, por ejemplo, en el caso de que se trate de designar funcionarios de asesoramiento sin remuneración. Como no hay atribución de competencias, que es materia legislativa, ni aplicación de fondos que también lo es, debe entenderse que en esos supuestos estamos ubicados en la zona de las facultades propias de la Administración donde ella contrata sin previa habilitación presupuestaria (art. 99, inc. 1º, Const. Nac.).

Cuando no se encuentra la Administración en esa situación, la cuestión es bien distinta. No puede iniciarse un procedimiento para designar un empleado si no hay cargo vacante según la Ley de Presupuesto, o la de Empleo Público (art. 103, inc. 3º, Const. Prov. Buenos Aires). No puede

<sup>23</sup> Jèze, *Principios...* cit., t. 4, p. 77; Pequignot, G., *Des contrats administratifs*, extrait du juris-classeur administratifs, fascículo 505, p. 15, Nº 125.

<sup>24</sup> Ello es así porque la mayor cantidad de actos administrativos se dicta en base a la zona de competencia propia, que es la que se estudia particularmente en los cursos tan abreviados que se dictan en las facultades y en los libros que sirven de apoyo a los alumnos. A veces se hace alguna mención genérica sobre el otro supuesto; aquel en que hace falta la intervención legislativa previa.

<sup>25</sup> Ver lo que digo en el apartado D de este numeral.

llamarse a licitación para comprar medicamentos si no hay partida presupuestaria que autorice la erogación; no se puede iniciar lo concerniente a una obra pública sin verificar previamente si ello está contemplado o no en partida presupuestaria suficiente.

Hay, naturalmente, las excepciones que confirman la regla. Son, en general, los *contratos de atribución* que no requieren inversión ni gasto por parte del Estado y, más bien, pueden significarle un ingreso, y los destinados a *satisfacer urgencias no previstas*. No es generalmente necesaria en estos casos una habilitación en términos estrictos, pero sí, naturalmente, una mención autorizadora otorgante de competencia.

B. *El fin tenido en cuenta por la habilitación presupuestaria como límite de la competencia para contratar*

Por lo tanto, si respecto del acto es justificado que el análisis de los presupuestos comience ubicándose en el campo de lo que estrictamente corresponde a la Administración, es decir, con el estudio del *órgano* que será el encargado de dictar el acto después de su preparación, es indispensable en el contrato iniciar el análisis una etapa antes, en un momento previo: el de la habilitación legislativa.

En ese análisis lo primero que debemos indagar es la existencia de la *habilitación presupuestaria*, que es un presupuesto anterior a la etapa administrativa, y además es un límite de la competencia de la Administración, por la relación que existe entre esa habilitación y la finalidad. Porque exactamente igual que con respecto al fin tenido en cuenta por la norma creadora de la competencia<sup>26</sup>, surge el fin tenido en miras por la norma habilitadora para el uso de fondos públicos que se imputan para un contrato.

Por lo tanto, ese instituto tan trascendente de la desviación de poder, del exceso de poder, puede tener gran aplicación cuando se traslada a este ámbito que trato ahora, que es previo a los presupuestos adminis-

<sup>26</sup> La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), menciona al fin como limitativo de la competencia. El acto –dice– debe ajustarse al fin para el cual le fue creada la competencia en virtud de la cual se lo dicta: “Habrà de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor...” (art. 7º, inc. f).

trativos del contrato, pues incluye los presupuestos legislativos del mismo. No solamente el fin indicado por la norma es limitativo de la competencia –como lo es cuando se trata de actos (siendo aplicables aquí los mismos principios)– sino que también lo es la norma presupuestaria habilitadora. *El fin es la medida de la competencia que otorga la ley o la habilitación presupuestaria*, como el interés es el límite de la capacidad.

Los fondos deben aplicarse no solamente al contrato para el cual fueron previstos, al cometido cuya satisfacción se quiso, sino, además, conforme al fin público que motivó el dictado de la norma.

Dos presupuestos, entonces, deben reunirse:

- a) *Habilitación legislativa.*
- b) *Que los fondos se utilicen* no solamente conforme al aspecto de contenido material de la norma, sino, además, *según el fin para satisfacer el cual la norma fue sancionada*; es decir, no solamente debe observarse la existencia de la potestad utilizada, sino, además, que lo sea para el fin tenido en cuenta al crearse por el legislador<sup>27</sup>.

Reitero: por eso la habilitación presupuestaria está tan íntimamente relacionada al fin, y por lo tanto vinculada con la desviación y exceso de poder<sup>28</sup>, y, por lo tanto, con la temática de la *corrupción*<sup>29</sup>.

En la práctica puede quebrarse esa relación, haciendo prevalecer otros intereses por sobre los intereses de la Administración; ello ocurre si el uso de los fondos que fueron asignados para un fin que está en la ley, cuya custodia se otorgó para una cosa determinada, resultan utilizados

<sup>27</sup> Poca la insistencia que se ponga en resaltar la necesidad de que haya decisión del pueblo en relación a la conveniencia o necesidad de la contratación, pues no puede haber contrato con aplicación de fondos sin previa habilitación legislativa.

<sup>28</sup> No sólo es bueno y útil sino también necesario que exista habilitación presupuestaria, y, además, que el uso de los fondos a que se refiere esa habilitación sea aquel que quiso el legislador. No solamente dicha exigencia surge de disposiciones constitucionales, sino que lo requieren los buenos principios de administración.

<sup>29</sup> Porque lamentablemente se observa que en algunas ocasiones, en establecimientos asistenciales, sobra algo vinculado con el llamado sistema de hospedaje hospitalario (toallas, jabones, cepillos, etc.), mientras faltan otros (medicamentos o instrumental), por ejemplo. Si se hace una investigación exhaustiva puede resultar que el origen de la cuestión radique en que quien provee de esos elementos que sobran, mantiene relación íntima, personal o de fluidez “comercial” con el funcionario a quien se le otorgó la competencia para contratar y gastar los fondos públicos; mientras que quien provee de los que faltan carece de toda relación extrafunción con el agente encargado de las contrataciones.

con un fin distinto. Parece que el agente cumple con la norma en cuanto a la conducta que realiza, pero se aparta de ella en cuanto al fin previsto del uso de esos fondos públicos: adquiere los elementos, lo que está previsto en la norma, pero no porque sean necesarios, sino para favorecer a un particular, sin que le importe si con ello se da o no satisfacción a una necesidad de la comunidad.

Por lo tanto, el concepto de desviación o exceso de poder se debe aplicar también a esta temática: *el fin es limitativo de la competencia no sólo cuando de actos se trata, sino también lo es cuando lo que se realiza son contratos*. El fin es la medida de la competencia que otorga la ley o la habilitación presupuestaria (que también se hace por ley).

C. *Es necesario que la habilitación sea por ley*

Quiero reiterar enfáticamente que es imprescindible que haya decisión del pueblo en relación a la conveniencia o necesidad de la contratación.

Pueblo que se expresa a través de sus representantes. Expresión que se concreta en la ley, generalmente la de Presupuesto, aunque puede ser alguna especial: por ejemplo, una que disponga la construcción de un puente y determine la partida a que debe aplicarse el gasto y la forma de recaudar los fondos. Pueden ser muchas las formas de otorgar la habilitación; lo que no se puede es contratar sin esa previa habilitación<sup>30</sup>.

D. *Acto uno o múltiple*

En algunas ocasiones la habilitación presupuestaria no se basa en un solo acto sino en dos o más.

Ello porque, lamentablemente también en esta materia, ha avanzado la delegación legislativa. Suele ser de uso que la Ley de Presupuesto sancione una partida para contrataciones y luego, por separado, particularice un plan donde ellas son distribuidas: mediante, por ejemplo, un “plan de obras” o “distribución de cargos”.

<sup>30</sup> Alguna doctrina no comparte esta opinión, pero opino que el texto constitucional es suficientemente claro: no hay gasto público posible sin previa decisión parlamentaria, porque ésa es la base del sistema republicano democrático de gobierno.

Suele existir, asimismo, una partida residual para que el Poder Ejecutivo la aplique a situaciones no contempladas o de emergencia y, entonces, en casos semejantes, existe la previsión presupuestaria global, primero, y la particularización por decreto delegado, en segundo lugar.

#### E. *Conclusión*

El primer presupuesto de un contrato es, en consecuencia, preadministrativo. Es la habilitación presupuestaria. El cargo vacante, la partida, la mención en el plan de trabajos públicos, etcétera.

Esa habilitación legislativa, en el estado actual del Derecho Parlamentario, puede ser expresa o por delegación. Puede además establecerse:

- a) En forma específica que una determinada obra, suministro, servicios, etcétera, se realizará;
- b) o puede otorgarse una suma global para obras, servicios, suministros, etcétera, de cierto contenido, y el Ejecutivo determina, en concreto, qué es lo que se realizará en un “plan” que se formaliza mediante decreto.

Pero la habilitación legislativa (como en toda cuestión en que hay fondos públicos de por medio) es absolutamente necesaria. Si ella no existe, la voluntad administrativa no puede constituirse, y existe un vicio esencial que anulará todo el proceso licitatorio.

Es un presupuesto sumamente importante, a extremos que tiene su base en el artículo 75, inciso 8º de la Constitución Nacional que, además, se inspira en un principio clásico del Estado de Derecho: no hay inversión lícita de fondos públicos sin intervención del representante del pueblo, del Congreso.

### **IV. Los presupuestos administrativos**

#### 1. *El órgano contratante*

Una vez que la Administración fue habilitada en los casos en que ello es necesario, es decir, cuando no se trata de contratar en la zona que le es propia, por quien tiene competencia para ello, es decir el

Parlamento o la Legislatura (ver punto III), la cuestión de los presupuestos del contrato se traslada a sede del poder administrador, en principio el Poder Ejecutivo, aunque pueden serlo cualquiera de los otros dos poderes, y comienza entonces el procedimiento específico para formalizar un contrato.

Lo primero que se encuentra en este andar administrativo es, naturalmente, el órgano del Estado o *sujeto* principal competente. Ha sido habilitado para ello por una ley distinta de la que autoriza el gasto. Sólo en casos excepcionalísimos se atribuye competencia a un órgano, o incluso se lo crea, en la misma norma que dispone la recaudación de fondos y la inversión de los mismos. Son, usualmente, normas ubicadas en cuerpos distintos, en leyes separadas.

Este contratista principal, que llamamos comúnmente contratante<sup>31</sup>, es independiente de la naturaleza pública o privada que tenga (pero para que ostente esta última categoría, debe imprescindiblemente poseer prerrogativas públicas, las cuales sólo pueden ser dadas por ley).

Pero para que exista un contrato debe existir un segundo sujeto: *el contratista*.

## 2. *El contratista*

Luego aparece *el segundo sujeto*, exigencia del contrato, a diferencia del acto<sup>32</sup>, porque el contrato por esencia es consensuado. Necesita la concurrencia de dos o más personas buscando concretar un objetivo que les es común.

Por lo tanto deben existir, por lo menos, *dos contratantes*, pero a él me referiré al tratar el tema de los oferentes (ver numeral 8).

Con respecto a los sujetos del contrato, es necesario el estudio de dos institutos, uno de Derecho Público, otro de Derecho Privado: la *competencia* y la *capacidad*. De acuerdo a lo explicado en el punto I respecto

<sup>31</sup> Es el Estado quien decide contratar; luego busca a su contraparte: contratista.

<sup>32</sup> El acto administrativo es unilateral por esencia. Puede ser que, en algunos casos, haga falta la petición del particular para que se inicie el procedimiento que culmina con el acto, o en otros que se necesite el consentimiento del interesado para que el acto sea eficaz. Pero ni una ni otra situación excluyen que el acto es una declaración unilateral.

al tema que trato, la capacidad del sujeto contratista va a ser tenida en cuenta en relación al oferente. Sin embargo, para la mejor comprensión de la relación competencia/capacidad la voy a desarrollar sucintamente en el apartado siguiente.

### 3. *Competencia/capacidad de los cocontratantes*

La *competencia* es la suma o el conjunto de facultades, derechos, obligaciones, que la ley confiere al órgano administrativo; las cargas y prerrogativas necesarias para que el ente público pueda comprometerse en este caso a contratar. En el contrato administrativo encontramos un nuevo elemento que no interesa al estudiar el acto administrativo: la *capacidad*. Debe analizarse la capacidad, que es necesaria cuando el sujeto contratista sea una persona privada.

Ese órgano/sujeto de la Administración, debe ser competente. La competencia es la suma de las potestades que la ley otorga a un órgano, y guarda un cierto pero no extremado paralelismo con la capacidad de Derecho Privado. Su principal diferencia radica en que la *competencia es de ejercicio obligatorio* y la *capacidad de uso voluntario*. Cuando la ley manda, el órgano público debe contratar. El particular, en todo caso, está habilitado para hacerlo o no. Una persona puede comprar una casa cuando tiene capacidad para ello; pero una entidad pública debe necesariamente prestar el servicio cuando ello le es indicado por la norma.

Es decir, hay un distinto alcance de los conceptos competencia/capacidad. Cuando se habla de capacidad en Derecho Privado significa que *hay un reconocimiento de atribuciones*. En Derecho Público cuando se habla de competencia, significa *atribución de facultades*, y las *competencias son de ejercicio obligatorio*. Es muy sintomático el uso del vocablo *podrá* en nuestra disciplina. A veces ese ejercicio de competencias es discrecional, en cuyo caso el término *puede* mantiene su vigencia<sup>33</sup>, y en otros ese ejercicio es reglado, en cuyo caso el *puede* se convierte en *debe*<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Es el caso del art. 12 de la LNPA que establece que la fuerza ejecutoria de los actos administrativos faculta a la Administración a ponerlos en práctica por sus propios medios [...] Sin embargo [...] podrá [...] suspender la ejecución.

<sup>34</sup> Tal el caso del art. 17 de la LNPA que impide a la Administración revocar el acto nulo que estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que

Existe una *similitud* entre la competencia y la capacidad; ambas tienen un límite. Pero luego aparece una nueva *diferencia justamente en cuál es el límite* de cada una: para la capacidad, *el interés*; para la competencia, *el fin*.

Ya me he referido, al tratar la habilitación legislativa (ver punto III, numeral 3) al órgano y su limitación competencial. Y allí dije que ella tenía su límite: *el fin*. *No se trataba del fin del contrato, sino del fin para el cual se le había otorgado esa habilitación presupuestaria*.

Con la competencia otorgada por la ley, el funcionario no puede hacer otra cosa sino aquello para lo cual el legislador expresamente le otorgó tal atribución. No se admite ni que abuse de ella, ni que desvíe su uso, ni que decline su ejercicio. Si lo hace será sancionado él (responsabilidad disciplinaria, probablemente penal y, quizás, patrimonial) y el acto que dicte o contrato que celebre (invalidez).

¿Cuándo ocurren algunos de esos vicios que he enumerado? Haciendo contratos que no son necesarios, o que siéndolo, se los adjudica a quien no hizo la mejor oferta o no puede brindar el mejor servicio, entregar el mejor bien, o realizar la mejor obra.

La capacidad, por su parte, también tiene su límite: el interés. Surge, por ejemplo, al analizar si cuando hace un reclamo, el particular tiene o no, legitimación para hacerlo: sólo se lo admitirá si justifica su interés. Es decir: *el interés es la medida de la capacidad*.

#### 4. *El fin*

Hablé en el apartado anterior del fin como límite de la competencia; lo hice en dos oportunidades. La primera en la habilitación legislativa (punto III, numeral 3) y en el apartado precedente. Cabe ahora tratarlo separadamente.

No me refiero al fin del contrato, sino que el que aquí trato es aquel para el cual fue otorgada la competencia<sup>35</sup>. Aquello para lo que se facultó

se estén cumpliendo. En ese caso “...sólo se podrá impedir su subsistencia [...] mediante declaración judicial de nulidad”. En este caso, para impedir la eficacia del acto *debe* acudir a la vía judicial. No es que la Administración *pueda* impedir su eficacia; ello debe hacerlo (1ª parte del art.), pero con la intervención judicial.

<sup>35</sup> Ya he analizado el supuesto cuando se faculta a un órgano para contratar respecto

a un órgano para que contrate: es la finalidad que inspira, determina y explica la norma, y para la cual ella fue sancionada<sup>36</sup>.

El fin, como ya se vio (ver punto III, numeral 3 y punto IV, numeral 3), es un elemento limitativo de la competencia, similar a lo que aparece en su correlato, la capacidad. Respecto de ésta, se dice que se la tiene en la medida del interés. Es decir así como *el interés es la medida de la capacidad*, del mismo modo, la competencia se tiene en la medida del fin; *el fin es la medida de la competencia*. Hay tanta capacidad cuanto interés y tanta competencia cuanto sea necesaria para satisfacer el fin para el cual ella fue creada.

Ello es así porque está de por medio lo más delicado, lo más importante de la actuación estatal, que es la creación y determinación del ámbito de la competencia del órgano de que se trate<sup>37</sup>. Reitero que siempre cabe la posibilidad de que utilizando prerrogativas otorgadas por la ley, el órgano competente, sin embargo, haga mal uso de las mismas por aplicarlas para un fin distinto, a un fin no querido por la norma que otorgó la competencia. En esos casos se debe atacar al contrato por desviación de poder<sup>38</sup>.

de y para cierta cosa, y él hace el contrato, pero no teniendo en cuenta el fin que fue previsto y querido por el legislador sino que contrata una cosa distinta. Naturalmente hay allí un vicio muy grave. Es el caso, muy frecuente, de despido de los fondos públicos, de corrupción, de mal comportamiento.

<sup>36</sup> Aquí juega nuevamente la importantísima doctrina de la desviación de poder, que no sólo está vinculada con la desviación en el uso de fondos, que ya he mencionado, sino que tiene vigencia en otros aspectos, como este que ahora trato.

<sup>37</sup> La creación de competencias es un momento traumático en la vida del Estado democrático de Derecho. En ese instante se crean prerrogativas y toda prerrogativa significa limitación de libertades. Por eso, sólo cuando es necesario la comunidad crea competencias, y entonces va de suyo que es indispensable que se cumpla estricta y acabadamente todo aquello que se quiso al otorgarlas: ni abuso, ni exceso, ni desviación, ni declinación.

<sup>38</sup> De hecho, la doctrina del exceso o desviación de poder, que se expone generalmente en relación al acto administrativo, comenzó en los contratos. Se trataba de un contrato de concesión, entonces es justo afirmar que la teoría de la desviación o exceso de poder nace vinculada a este tema que me ocupa. ¿Qué fue lo que ocurrió en ese caso? Un jefe de estación de trenes quería beneficiar a un amigo/paciente otorgándole monopolio para transporte de pasajeros desde esa estación hasta el centro de la ciudad. Nada lo facultaba para ello, pero encontró una norma que le otorgaba competencia para regular el tránsito dentro del perímetro de la estación a su cargo. Entonces, invocando esa norma reguladora del tránsito interno, sancionó una regla que estableció que solamente la persona por él querida podría ingresar al lugar, con lo cual de hecho le entregaba el monopolio de transporte desde la estación hasta la ciudad en cuestión. Solamente ese beneficiado podía

## 5. *La causa*

Los *sujetos* contratantes tienen *competencia* o *capacidad*, se encuentran limitados por el *fin* o el *interés*. Falta el estímulo para que actúen. Ese estímulo va a ser la causa<sup>39</sup>.

En el caso del contratista va a ser el procedimiento de selección; en el caso de la Administración serán los presupuestos fácticos<sup>40</sup>. Debido a ellos iniciará un procedimiento de contratación<sup>41</sup>. Ya me he referido a la causa al tratar el acto administrativo<sup>42</sup>.

En el contrato, la causa puede ser determinante del procedimiento a seguir en la contratación. Si la causa presenta una urgencia (v. gr., no hay almacenadas suficientes vacunas) y el tiempo que se requiere para cumplir el procedimiento normal (v. gr., licitación) no es útil al fin perseguido, entonces puede seguirse otro procedimiento que esté acorde con aquella finalidad.

Aquí el dato tiempo es lo que importa<sup>43</sup>. Si el tiempo normal que

entrar y salir de la estación transportando a las personas. Estaba dictado, el acto, dentro de la competencia porque ella era para regular el tránsito dentro del ámbito ferroviario –la estación–. Pero el fin, según estaba claramente demostrado, era absolutamente diverso. La norma otorgó la competencia para que no hubiese problemas dentro de la estación. El jefe de estación la utilizó para otorgar una prebenda. Se atacó por exceso de poder, así fue considerado y por lo tanto se lo anuló.

<sup>39</sup> Un jefe de una oficina requiere un elemento necesario para la labor de aquella. Hay un funcionario con competencia para realizar un contrato, que encuentra que existe la habilitación presupuestaria, ha recibido el estímulo necesario para obrar según el fin de la ley que le otorgó competencia.

<sup>40</sup> Debe señalarse que hay una importante diferencia entre la causa en Derecho Público y en Derecho Privado. En general, en este último la causa es requerida al momento del nacimiento del acto. Después que el acto nació y salvo causas excepcionales ya no interesa que la causa persista o no. En cambio, en el contrato administrativo, que en general es de más largo tracto, la causa debe estar presente a todo lo largo del contrato, y cuando sufre alguna modificación o interrupción, ello se traslada de inmediato, como los temblores en un sismo, a la propia estructura contractual. Surge el derecho de modificar y rescindir el contrato.

<sup>41</sup> Una inundación que lleva a construir un dique; una epidemia que obliga a comprar vacunas, etc.

<sup>42</sup> Hutchinson, Tomás, *Procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 2003, ps. 37-38.

<sup>43</sup> Hutchinson, Tomás, *Los procedimientos de urgencia en el Derecho Administrativo argentino con especial referencia a los reglamentos*, en *Libro homenaje al Prof. Alberto Ramón Real*, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 1996, ps. 293 y ss.

tarda el procedimiento es insuficiente para hacer frente a la causa, se puede seguir un procedimiento de urgencia<sup>44</sup> para cumplir con el fin para el cual el órgano es competente. En un caso semejante, por ejemplo, la *contratación directa*.

Por eso, en la esfera contractual, la causa –y a veces el contenido– es influyente y muchas veces determinante del procedimiento a seguir<sup>45</sup>.

El contrato administrativo no es una figura estratificada. Es algo vivo y dinámico, pues sigue la suerte de la causa que lo motivó. Y en su largo tracto se va adecuando a las nuevas modalidades que van apareciendo al avanzar en su ejecución. Por eso cuando la causa se extingue lleva consigo al contrato; pues éste perderá justificación. Y si no se extingue del todo pero se restringe o se amplía, el contrato debe seguir igual suerte.

Cuando el órgano administrativo es estimulado por la causa, naturalmente, se pone en movimiento. Llama a sus colaboradores y hace las averiguaciones y previsiones necesarias. Lo cierto es que después de que exista la habilitación presupuestaria, que estén reunidos los demás presupuestos y que exista también la decisión concreta de contratar, lo primero que debe hacerse es establecer las condiciones técnicas y legales que definan el objeto y contenido del contrato<sup>46</sup>. *Comienza el procedimiento de formación del contrato*.

Las necesidades que la Administración siente y la imposibilidad legal o material de satisfacerlas por sí misma le obligan a buscar a alguien que lo haga y a concertar con él la manera de llevarlo a cumplido efecto.

La primera fase, pues, del largo recorrido que va desde que se conoce la necesidad al contrato que la satisface, puede decirse que comienza

<sup>44</sup> Estos procedimientos son varios en el Derecho Administrativo: contratación directa, reglamentos de necesidad y urgencia, etc.

<sup>45</sup> Las autoridades tienen que analizar cómo se llegó a esa situación. Se debe determinar si la causa que provoca urgencia no es consecuencia del “descuido” del agente; en ese caso el funcionario descuidado debe ser sancionado. Puede, además, esconder un hecho grave; que se haya provocado la situación para llegar a la contratación directa para favorecer a alguien evitándole el riesgo de la licitación pública o privada; este subterfugio es una forma bastante frecuente de corrupción. Evitar la puja, la transparencia en el procedimiento y favorecer otros intereses. Si esto se comprueba, la sanción debe ser grave.

<sup>46</sup> En algunas oportunidades ello está hecho en acto regla anterior, según la tipología de Duguit, es decir por acto reglamentario preexistente.

con el estudio de la necesidad y su modo de atenderla (ver en este punto, numeral 6, apartado B).

Teniendo en su poder la habilitación legislativa, la Administración emite su voluntad, iniciando los trámites para la realización de las labores necesarias para la selección del contratista

## 6. *El procedimiento interno*

### A. *Consideraciones preliminares*

Cabe analizar cómo se desenvuelve el procedimiento y sus particularidades. Pero antes creo necesario hacer una distinción. Estoy tratando el procedimiento de formación del contrato; todavía estamos en una etapa previa al nacimiento del estricto procedimiento de selección del contratista, porque todavía este procedimiento no ha determinado qué se va a contratar, cómo se lo va a hacer, ni se ha hecho una oferta a los contratistas para que se presenten. Ésta es una etapa previa al procedimiento de selección; es un procedimiento en lo interno de la Administración.

Es largo y complejo el procedimiento para formalizar un contrato. Naturalmente, es un presupuesto del contrato. No puede haber contrato sin que se cumplan ciertos trámites. Así, pues, el órgano competente, en los límites del fin para el cual ella le fue otorgada, estimulado por la causa, comienza el procedimiento de selección del contratista. Ese procedimiento pretende, en lo esencial, hacer una correcta ejecución de la ley, aplicarla tan puntillosamente como sea posible y tal como lo fijó la habilitación legislativa.

Ejecución de la ley quiere decir hacer lo que la ley manda o realizar lo que ella permite. En este caso, en general, se *ejecuta* en ambos sentidos. Se hace lo que la ley manda porque se lleva adelante la contratación; se hace lo que la ley permite porque para ello se elige a quien se estima el mejor, entre otras cosas.

Ese procedimiento pasa por distintas etapas: ideación, formación y manifestación. Lo que se intenta con él es que la voluntad administrativa se forme lo más adecuadamente posible para dar satisfacción adecuada

al reclamo concretado en la causa. Según algunos, tiende a formar la “voluntad” de la Administración<sup>47</sup>. Lo cierto es que constituye una especie de puente que une uno y otro conjunto de cosas: los presupuestos con los elementos del contrato.

Por eso comienzo el análisis en el lugar donde está situada la Administración en el momento en el cual se ha determinado la causa. El procedimiento seguirá después de esta etapa como camino por el cual transita el hilo conductor que une a estos presupuestos con los elementos propiamente tales del contrato.

Cuando se produjo el estímulo de la causa que ya mencioné anteriormente, se produce la primera manifestación del procedimiento que analizo. Luego de verificar que, en efecto, existe la previsión presupuestaria, se dicta por el órgano competente un acto, el inicial, que puede tener diversos contenidos. Es decir, con él comienza el análisis del tipo de procedimiento que se utilizará para la selección de contratista.

#### B. *La decisión del procedimiento a seguir*

Los órganos administrativos deben precisar el objetivo a alcanzar; decidir si el contrato es el medio más conveniente para satisfacer la necesidad; si llegan a una respuesta positiva a esa cuestión, establecer el procedimiento a seguir para elegir la persona más idónea y formular el proyecto de condiciones o cláusulas del mismo.

Éste es un proceso interno de formación de la voluntad en el sentido relativo que debe darse a esta expresión en Derecho Administrativo<sup>48</sup>.

Aunque simultáneamente se puedan hacer otras cosas, lo primero que el funcionario estimulado por la causa, una vez que ha verificado que en efecto tiene previsión presupuestaria, debe realizar: debe hacer, o mandar hacer, es decidir el procedimiento a seguir y, de ser necesario, mandará confeccionar los pliegos a los que se ajustará la contratación.

<sup>47</sup> No me parece acertada esta descripción. El deseo contractual de la Administración, el acuerdo sobre la conveniencia o necesidad de la contratación, nace, se desarrolla y se adopta antes de iniciarse los procedimientos de selección del contratista. Estos procedimientos sirven a aquel acuerdo; lo ejecutan.

<sup>48</sup> García-Oviedo Martínez Useros, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., EISA, Madrid, 1962, p. 325.

A veces dispone iniciar el llamado a ofertas<sup>49</sup>, a veces dispone iniciar lo que es necesario para ello, es decir, los estudios técnicos y los pliegos, según las características de la contratación. Para ciertos contratos, el de consultoría, el de *joint venture*, el de suministros, el de compraventa, el de obras, se deben ir elaborando una a una las condiciones.

Como consecuencia y en cumplimiento de ese acto (en general, aunque a veces lo precede y es fundamento del mismo), se inicia un trabajo muy importante, donde a veces se juega el propio porvenir de la relación contractual (o de la pretensión de establecerla), se elaboran las condiciones de la contratación, en particular las técnicas. Son documentos muy importantes: Pliegos de bases, condiciones y especificaciones técnicas, si son necesarias.

Aquí es donde se inserta lo concerniente a los sistemas de selección de contratista, que son una parte fundamental dentro del procedimiento contractual, a los cuales no voy a analizar por el tema que abordo.

### C. *Particularidades de este procedimiento*

Estos procedimientos están formados por un conjunto de actos que van luego a permitir a la Administración elegir entre los sujetos, que voluntariamente se ofrecen, con quienes va a relacionarse. Vimos que, a pesar del principio de *libre elección*, generalmente la Administración está obligada a seleccionar a sus contratistas a través de procedimientos ordenados. Por ello se puede definir *a estos procedimientos como el conjunto de reglas, etapas, momentos, que deben pasarse para que la Administración*

<sup>49</sup> En algunas oportunidades, el caso de los funcionarios públicos, por ejemplo, existen actos reglas que regulan prácticamente todo salvo lo concerniente al nombre, al sujeto. La ley y los reglamentos establecen derechos y obligaciones del personal docente universitario, horarios que debe cumplir, tareas que debe realizar, formas de hacerlo (cómo se dicta un curso de promoción cuatrimestral o cómo se toman exámenes, por ejemplo), sueldo que percibe, vacaciones de que goza, licencias autorizadas. Por ello en estos casos no hace falta confeccionar pliego alguno. Cuando del concurso de un profesor universitario se trata, basta con consignar la cátedra que quedará a su cargo y, eventualmente, la dedicación que se le adjudicará (lo trato como si fuera un contrato, porque generalmente se considera así, aunque no concuerdo con dicha tesis). Si de contratos se trata, en la concesión de servicio de transporte automotor de pasajeros se establecerán, en general, los puntos de cabecera, los recorridos y la frecuencia.

vaya verificando los distintos aspectos que son requeridos en el contrato y concluya señalando y diciendo cuál es la mejor oferta y quién será, en consecuencia, su contratista.

El procedimiento administrativo responde siempre, como decía García-Oviedo Martínez Useros, a una doble preocupación, el cuidado por el interés público y el interés mismo de los particulares<sup>50</sup>. Los procedimientos de selección de contratistas no se apartan de esa finalidad de proteger los intereses económicos que la Administración tiene a su cargo y el cuidado por asegurar la libre concurrencia y un trato igualitario, sin discriminaciones a los interesados<sup>51</sup>.

Estos procedimientos tienen cierta particularidad, derivada de que a través de ellos se busca no sólo al contratista más idóneo para la Administración, sino que también se procura el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Es decir, los actos de esos procedimientos son, al margen de actos de un procedimiento, el modo de aproximación de una oferta contractual y de su aceptación. Por eso se ha dicho que algunos de esos actos originan nexos precontractuales<sup>52</sup>. No creo que sea así (ver numeral 7, apartado A. f).

Se ha discutido cuál es la naturaleza jurídica de este procedimiento. Algunos sostienen que es un requisito vinculado con la competencia, toda vez que el proceso de selección va limitando la competencia del agente. En una licitación para obra pública el contrato debe ser adjudicado a quien resulte oferente (o no adjudicarlo a ninguno), pero de ninguna manera adjudicarse a quien no fue oferente, a quien no cumplió con los requisitos del llamado, o a quien presentó una oferta inadecuada. La competencia, pues, resulta claramente afectada, en cuanto se limita su facultad decisoria.

Otros, en cambio, sostienen que éste es un requisito claramente vinculado con la forma. Se obliga a la Administración a sujetarse a ciertos requerimientos que le exigen la ley y la reglamentación.

Claramente es una limitación de la competencia. Porque es muy claro

<sup>50</sup> García-Oviedo Martínez Useros, *Derecho...* cit., p. 327.

<sup>51</sup> Entrena Cuesta, Rafael, *El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho Administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, N° 37, ps. 62 y ss.

<sup>52</sup> Dromi, José R., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 338-339.

que todo requisito de procedimiento afecta la competencia. Cuando un reglamento de nombramientos establece el sistema para designarlos, está limitando la competencia del designante<sup>53</sup>.

Todo requisito de procedimiento, en consecuencia, limita la competencia, y ello porque lo que se intenta con él es disminuir las discrecionalidades, pues ellas son puerta para la arbitrariedad. En toda actuación del Estado se procura limitar discrecionalidades y se imponen, por lo tanto, procedimientos que van limitando la competencia.

Mucho más se limitan esas competencias cuando se hacen normas de reenvíos y se impone a la Administración ajustarse a normas o principios técnicos y a normas o principios morales, que, naturalmente, afectan la arbitrariedad, disminuyen la discrecionalidad y limitan la competencia.

Los procedimientos de formación del contrato y de selección de contratistas son, en consecuencia, *requisitos de procedimiento que afectan la competencia*.

#### D. *Actos esenciales y actos comunes*

En todos los procedimientos de formación del contrato no pueden faltar determinados actos, pues son esenciales y comunes a todos aquéllos. Otros son específicos de alguno o algunos procedimientos, e incluso los puede haber que son agregados voluntariamente por la Administración.

Son esenciales:

- a) *La elaboración de los pliegos;*
- b) *el anuncio de la selección;*
- c) *la presentación de propuestas;*
- d) *la adjudicación provisional, y*
- e) *la adjudicación definitiva.*

Si bien todos son esenciales no tienen la misma naturaleza.

Los procedimientos de selección de contratistas comienzan con la Administración formalizando su deseo de contratar; esto es, con el anun-

<sup>53</sup> Si dicho reglamento expresa que debe ser designado dentro de la terna que envía otro órgano, el designante está limitado a elegir uno de los tres propuestos; no puede designar a otro.

cio de que va a proceder a seleccionar al contratista, y terminan en el preciso momento en que el contrato nace.

### E. *Los pliegos*

#### a) *Importancia*

Se llega, entonces, a la oportunidad en la que se realizan los planos y se confeccionan los pliegos. Desde el punto de vista técnico lo más trascendente es la manera como es confeccionado el pliego; hasta el propio porvenir técnico-científico, el incremento de los conocimientos puede ser influido por el sistema que se adopte para esta etapa. La *licitación abierta*<sup>54</sup>, por ejemplo, es un estímulo muy fuerte a la inventiva particular, mientras que la otra, la *cerrada*, congela la participación particular para que todo quede tal como las oficinas públicas lo han concebido<sup>55</sup>.

La confección del pliego y de las bases técnicas es un momento sumamente importante que define costos, técnicas, posibilidad o no de adelantos, y, sobre todo, mejor o menor precio. Aquí es donde se acuña y tiene trascendencia la ecuación costo-beneficio-tiempo, tan aplicada en la actualidad y también donde puede aparecer la corrupción.

Pues es precisamente en este momento, el de la confección de los pliegos y especificaciones técnicas, cuando se puede concretar lo que se conoce como las *selecciones dirigidas*. La manera de asegurar que un contrato deba ser adjudicado a una y no a otra persona, es hacer la convocatoria de forma tal que sólo quien interesa esté en condiciones de ofrecer

<sup>54</sup> Este tipo de licitación ocurre cuando se hace un llamado a ofertas y lo único que se consigna es el fin que se pretende. Suele usarse en cuestiones de técnicas muy sofisticada o de conocimientos muy avanzados. Si se trata de colocar un visor fotoeléctrico en órbita espacial, difícilmente puedan consignarse en un pliego las especificaciones técnicas. Eso es lo que se deja sujeto a los aportes de los oferentes (el material a utilizar, sobre todo el combustible, la forma, etc., se deja a idea y proyecto de los científicos que concurrirán a aportar sus conocimientos al oferente particular). Se consigna sólo el *fin* y lo demás, modos, medios, técnicas, precio, etc., quedan sujetos a puja.

Se utiliza cada vez con mayor asiduidad este tipo, entre otras razones porque es imposible que la Administración mantenga un *staff* de colaboradores tan amplio como para que puedan abarcar en todos los casos la última palabra del conocimiento técnico en cada uno de los cometidos que el Estado debe afrontar.

<sup>55</sup> En ésta se consigna todo y queda para remate el *precio*.

el producto que se menciona en la convocatoria, o por lo menos, se conoce que es quien está en mejor condición. No se ajusta lo pedido a la necesidad de la Administración, sino al interés del preferido<sup>56</sup>.

Dado el carácter que tiene el contrato y toda vez que el pliego es parte fundamental de él (porque allí están establecidos los derechos y obligaciones de las partes, salvo aquellos sobre lo que versa la puja), el pliego adquiere la mayor importancia.

#### b) *Caracteres del pliego*

Los *Pliegos de Condiciones Generales* no son normas imperativas sino permisivas<sup>57</sup>, pues los Pliegos de Condiciones Particulares pueden modificarlos o aceptar sus cláusulas. Se supone que son aceptadas mientras no se manifieste lo contrario.

El pliego debe ser amplio, de manera de habilitar la participación de tantos oferentes cuanto sea posible, en miras a la necesidad que se tiende a satisfacer. No se puede convertir un pliego, con el pretexto de exigencias de cuestiones técnicas, en un llamado a contratación directa, lo que sucede si se establecen condiciones tan estrictas como para que haya un único posible oferente (así puede hacerse por ejemplo, inmoralmente, en un contrato de suministro, mediante el arbitrio de exigir, en el pliego, vehículos de cierta potencia u otras características que un solo fabricante reúne –ver nota anterior–). Ese tipo de pliego, está evidentemente viciado.

Normalmente el pliego es separable en dos o tres partes<sup>58</sup>. Porque en el contrato administrativo, en buena medida, las cláusulas contractuales

<sup>56</sup> Muchos recordarán que hace algún tiempo en la compra de automotores, según las especificaciones que se establecían, sólo un modelo de una marca determinada accedía a ser el contratante.

<sup>57</sup> La doctrina italiana está dividida: Algunos le reconocen valor contractual; otros, valor reglamentario, y hay quienes los califican de normas internas para la Administración y contractuales para los terceros. Ver, Treves, *Osservazione sui Capitolati generali nei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Archivio di Diritto Pubblico, 1938, ps. 90 y ss.

<sup>58</sup> En algunos contratos, como el de obra, el pliego se divide en tres partes: a) las condiciones generales, donde está aquello que es común a todos los contratos de la Administración; b) las condiciones particulares, que contienen esas otras condiciones que son propias de todos los contratos similares a aquel que se va a tramitar o las más concretas que se prevén sólo para el que provoca el llamado, y c) las condiciones técnicas, que son las especificaciones concretas y específicas –técnicas y no jurídicas– del contrato en cuestión.

están previstas de antemano, máxime cuando —como lo señala alguna doctrina— la Administración tiende a unificar sus relaciones contractuales, para el mejor manejo tanto de la Administración como de los contratistas. La documentación que prepara la Administración consta al menos de dos partes: el pliego de condiciones generales, por un lado (que son aquellas que rigen en todo proceso licitatorio y que frecuentemente son transcripción de la ley), y las condiciones técnicas (que se refieren especialmente al objeto respecto del que se quiere contratar).

c) *Pliegos especiales*

Los Pliegos de Condiciones Particulares del medio de selección elegido regulan el procedimiento a seguir; se subordinan únicamente a las leyes y reglamentos. Aplican o completan los preceptos legales y reglamentarios vigentes. Suelen tener dos partes diferenciadas: el pliego de condiciones del procedimiento de selección y el pliego de condiciones del contrato. El primero es un reglamento; el segundo anticipa futuras cláusulas contractuales<sup>59</sup>.

El primero es una disposición reglamentaria porque el reglamento es toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración que produce efectos jurídicos directos<sup>60</sup>. Precisa esa condición pues es un mandato impersonal que tiene por destinatario a un grupo o categoría de personas<sup>61</sup>. No creo que pueda dudarse de que un pliego ordenador de un determinado medio de selección tiene por destinatarios a todos los que pueden participar en dicho procedimiento y a ellos se dirige de modo impersonal.

Conclusión: son auténticos reglamentos de procedimientos. Por ello obligan tanto a la Administración<sup>62</sup> como a los participantes en el procedimiento de selección<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1957, p. 257-258.

<sup>60</sup> Garrido Falla, *Tratado...* cit., vol. I, p. 233.

<sup>61</sup> Boquera Oliver, José María, *La publicación de disposiciones generales*, en *Revista de Administración Pública*, Nº 31, ps. 57 y ss.

<sup>62</sup> García de Enterría, E., *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de reglamentos*, en *rev. Régimen de Administración Pública*, Nº 27, ps. 63 y ss.

<sup>63</sup> La frecuente expresión de que el Pliego de Condiciones es ley para los participantes

En los contratos que requieren un mayor estudio, se determinan para cada caso en particular las condiciones técnicas y las especificaciones necesarias que constituyen el pliego y sus anexos.

En algunos casos muy excepcionales, a las especificaciones técnicas, la Administración agrega análisis de precio. No, generalmente, estableciendo cantidades sino proporciones. Este aspecto por lo común queda reservado para que lo exponga el oferente, pero, insisto, excepcionalmente lo hace la Administración.

Para algunos, esto pasa inadvertido, pues se piensa que no tiene otra finalidad ni otra importancia que la de servir para cuantificar la suma a cobrar según los trabajos realizados. El análisis de precio sería, en consecuencia, la distribución de los costos por rubros, por unidades, de modo que en cada medición se consignan éstas, las unidades, que se multiplican por el precio por ítem y se obtiene el parcial a cobrar.

Sin embargo, este análisis de precio juega un papel fundamental cuando hay ampliación de obra, lo cual es muy frecuente. Ello es así porque el precio que debe aplicarse a las unidades de ampliación es el mismo que se ha fijado para el precio originario, precio por ítems. El precio unitario que se consignó en la oferta o, insisto, excepcionalmente en el pliego.

Si la Administración se equivoca en este análisis (o en la verificación de él) corre el riesgo, que naturalmente es grave, de pagar por una cosa mucho más de lo que vale.

Concluido el pliego, aprobado el mismo y dispuesto el llamado a ofertas, se pasa a la siguiente etapa: la publicidad, cuando ella está prevista.

## 7. *Procedimiento de selección de contratistas*

### A. *El anuncio del procedimiento de selección del contratista*

#### a) *Fundamentos de la publicidad*

Una vez que se ha adoptado una decisión sobre las cuestiones que he desarrollado, es decir, cuando las anteriores etapas estén cumplidas,

en el procedimiento, no debe entenderse en el sentido de *lex contractus*, o sea, con el valor que al término de ley le da el art. 1197 del Código Civil.

o superponiéndose con la última<sup>64</sup> (confección de los pliegos y establecimiento consecuentemente de las condiciones básicas) se inicia la siguiente etapa. Es que resulta necesario comunicar a los posibles contratistas el deseo de la Administración de contratar, las condiciones o cláusulas del contrato que se quiere celebrar, el procedimiento elegido para la selección de la contratista y las reglas ordenadoras de ese procedimiento.

Se debe hacer un llamado a todos para que hagan sus ofertas; es decir, la Administración sale a la búsqueda del contratista. El sentido común indica que si lo que se va a hacer es buscar a un oferente que pueda luego ser el contratista, lo que se necesita es la *publicidad*.

La preocupación por salvaguardar los intereses económicos de la Administración y el respeto al principio de igualdad de los habitantes ante los beneficios y cargas públicas, obligan a aquélla a manifestar solemnemente el resultado del proceso interno que acabo de analizar precedentemente. Una y otra finalidad sirven de fundamento a una regla básica de los procedimientos de selección de contratistas: la publicidad del régimen que se ha elegido para seleccionar.

La publicidad del régimen de selección ofrece a todos los interesados en contratar la posibilidad de hacerlo, respetando el *principio de igualdad*, y también permite que un buen número de posibles contratistas acuda a ese medio de selección. De esta manera, la Administración puede elegir entre muchas ofertas y, por lo tanto, en las mejores condiciones, con lo cual se respeta el *interés económico*.

#### b) *Naturaleza de los actos que se publicitan*

Suele considerarse al anuncio del medio de selección adoptado como si el mismo fuera un acto; el primero de los procedimientos de selección de contratistas. Pero no es así. El anuncio del medio de selección no es sino la forma de publicar varios actos de la Administración.

La expresión forma es usada en su sentido más estricto y preciso, que

<sup>64</sup> Cuando el acto administrativo que dispone el llamado es anterior a la aprobación del pliego, la Administración está facultada para comenzar la publicación de los edictos –si hay urgencia para ello– antes de que los pliegos estén terminados, con cargo, por supuesto, de que haya lapso suficiente entre la terminación de ellos y el momento en que la oferta deba ser presentada.

deriva de su relación con el modo de manifestación de una “voluntad” ya formada, como medio de trasladarla del campo psíquico al del Derecho<sup>65</sup>.

Los actos de la Administración que los anuncios publican son:

- a) *El acto de elección del procedimiento de selección;*
- b) *el reglamento del procedimiento elegido,*
- c) *la invitación a presentar ofertas, y*
- d) *el acto que fija las condiciones que deberán reunir las ofertas.*

c) *El acto de elección del procedimiento de selección*

En cada caso concreto, la Administración, luego de decidir contratar para la adjudicación de un bien o servicio, debe elegir, si le es permitido, el procedimiento a emplear para buscar la persona más idónea para ser la contratista.

Esta elección debe hacerse de acuerdo con el *principio de juridicidad*; caso contrario, será esa decisión un acto viciado. Ese decisorio es, pues, un acto de la Administración con consecuencias directas sobre los intereses de los particulares. Por eso, si hay ilegalidad en esa elección puede ser impugnado el acto que decidió la cuestión.

d) *El acto reglamentario del procedimiento elegido*

El postulado esencial de todo Estado de Derecho requiere que la actuación administrativa discurra por un cauce legalmente ordenado. Los procedimientos de selección de los contratistas están ordenados por la Ley de Contratos, por la Ley de Contabilidad, por la Ley de Obras Públicas, etcétera, y por los pliegos generales de condiciones y por los pliegos particulares de cada medio de selección (remito a lo que digo en los apartados E.b, y E.c, del numeral 6).

La confección de los pliegos y la publicidad de los mismos (en la licitación pública) constituyen partes fundamentales del procedimien-

<sup>65</sup> Lucifredi, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 18, nota 12.

to licitatorio, y ellos son los que están más estrictamente vinculados con las garantías constitucionales.

Eso se cumple, generalmente, utilizando dos vehículos principales: el oficial que, a su vez, se subdivide en dos ramas: el periódico donde se realizan las publicaciones oficiales (Boletín Oficial), y uno o más diarios nacionales o extranjeros según de qué tipo de selección se trate. Además, cuando la licitación es importante se suelen hacer publicaciones especiales en otros diarios o medios de comunicación masivos.

En la publicación se fija, al momento de hacer el llamado a ofertas, un lugar, día y hora en el cual los pliegos serán abiertos.

Naturalmente, la etapa de la publicación tiene un término y se llega, al fin, a un momento muy especial: la presentación de ofertas.

e) *El acto de invitación a presentar ofertas*

El anuncio de licitación contiene una manifestación de deseo de la Administración: que los interesados capacitados acudan a presentar las ofertas. Aquél es una invitación de la Administración a los posibles contratantes para que envíen sus propuestas contractuales<sup>66</sup>.

Como toda invitación, carece de la fuerza de obligar; no es un mandato ni una disposición. Por cierto, es una invitación condicionada<sup>67</sup>, lo cual no es extraño en las relaciones sociales.

f) *El acto que fija las condiciones de las ofertas*

Se ha visto que el Pliego de Condiciones del contrato cumple una doble función:

- a) Antes de nacer el contrato indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus ofertas si quieren participar con posibilidades de éxito en la selección; describe las características de la presentación que la Administración necesita, y

<sup>66</sup> Berçaitz, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 262.

<sup>67</sup> Esas condiciones son las que figuran en el Pliego de Condiciones.

b) cuando el contrato nace, se convierte en cláusulas contractuales rectoras de sus efectos jurídicos<sup>68</sup>.

Antes de nacer el contrato, es una disposición que señala obligaciones, a las que necesariamente deberán sujetarse los oferentes al redactar sus propuestas. Si no cumplen dichas condiciones sus propuestas no serán admitidas.

Esas condiciones son de dos clases: técnicas y legales, aunque aquéllas tienen, en muchos casos, trascendencia jurídica, pues pueden disminuir la concurrencia y atentar contra el derecho a la igualdad de oportunidades de los interesados.

### B. *Eficacia vinculante*

En los procedimientos de selección del contratista, la Administración está obligada a elegir aquella oferta que, respetando el pliego de condiciones, resulte la mejor, la más conveniente, la de precio más bajo, etcétera. Lo que hace con las ofertas es, pues, apreciarlas en punto a las adecuaciones a las condiciones del pliego, conocer la oferta, el precio, etcétera.

La publicación efectuada resulta una especie de oferta a persona indeterminada, por lo cual se hace necesario determinar todos los elementos del futuro contrato que vaya a celebrarse.

Queda claro, entonces, que los anuncios no contienen una oferta de contrato, por lo tanto no vinculan a la Administración, excepto en lo que hace a las condiciones del pliego (ver numeral 6, apartados E. b, y c).

### C. *La publicación en sí*

Las normas de procedimiento, por lo general, obligan a notificar los actos administrativos y a publicar los actos de alcance general. Las normas propias de los procedimientos de selección exigen la publicación de las invitaciones a presentar ofertas.

Dije en su momento (este numeral, apartado A.b) que el anuncio de la selección contiene una disposición reglamentaria (el pliego), una in-

<sup>68</sup> De Laubadère, André, *Traité des contrats administratifs*, Librairie Générale, Paris, 1956, t. I, p. 356.

vitación general a presentar ofertas y un acto con pluralidad indeterminada de destinatarios (acto de alcance general). La naturaleza de esos actos exige y requiere publicidad.

La Administración lesionaría el derecho de igualdad (art. 16, Const. Nac.) que se reconoce a todos los habitantes, y por ende a los interesados en contratar con la Administración, si no publicase lo más ampliamente posible la invitación a optar por contratar con ella. Podría otorgar ventajas a quienes conociesen, por cualquier medio, la intención de contratar de parte de aquélla.

#### D. *Los medios de publicidad*

La publicación se cumple, generalmente, utilizando dos vehículos principales: el oficial que, a su vez, se subdivide en dos ramas: el periódico donde se realizan las publicaciones oficiales (Boletín Oficial), y uno o más diarios nacionales o extranjeros según de qué tipo de selección se trate. Además, cuando la licitación es importante se suelen hacer publicaciones especiales en otros diarios o medios de comunicación masivos.

Siendo la publicidad esencial en estos casos, y se realiza por distintos lapsos según cuál sea el tipo de contratación y su envergadura. De todos modos, resulta obvio que al menos una de las publicaciones debe realizarse en el lugar donde va a ser ejecutado el contrato. En algunos lugares se edita una publicación en la cual se hacen conocer todos los llamados a oferta, consignando sólo el objeto y las condiciones mínimas y la repartición que lo realiza, de forma que todos puedan conocer el llamado, y los interesados deben recurrir a la oficina correspondiente para pedir mayores antecedentes, o recurrir a los diarios donde esa repartición debe publicitar las condiciones con amplitud. De hecho, allí donde el Estado mantiene una publicación especial de este tipo —en nuestro país no existe— los procedimientos tienen mayor transparencia y se obtiene mayor fluidez, transparencia, del mercado.

#### E. *La falta o los defectos de la publicación*

Puede ser que la Administración incumpla el deber de publicación o

que ésta sea defectuosa. En cualquiera de los casos se trata de un vicio en el procedimiento. Pero cabe analizar distintas posibilidades.

Respecto a la falta de publicación hay que partir del supuesto de que la misma afecta a todos los interesados que pudiendo presentar sus ofertas ni siquiera se les dio oportunidad de hacerlo.

Dicho ello, cabe distinguir el caso de que no se publique en el Boletín Oficial o en los otros medios noticiosos. La publicación en aquél sirve de base a la presunción de que los anuncios llegaron a conocimiento de todos los interesados. Por ello la falta de publicación en ese medio oficial afecta a la misma vigencia de alguno de los actos que se deben publicar.

El anuncio es la forma de procurar virtualidad jurídica a actos que requieren la debida publicidad: uno, el reglamento para tener vigencia, los otros, para su eficacia<sup>69</sup>. La conclusión sería la nulidad de las actuaciones. Lo propio cabe decir en el caso de que se publique en menos oportunidades de las exigidas.

Si la falta de publicidad es en otros medios no oficiales, debe tenerse presente que éstos lo que hacen es darle mayor amplitud a los anuncios, pero estos actos producen efectos jurídicos por su publicación en el Boletín Oficial. Se estaría ante una simple falta de cumplimiento que no necesariamente debe tener siempre como consecuencia la invalidez.

Las publicaciones defectuosas darán lugar o no a la invalidez según la gravedad del defecto y lo que él influye en la igualdad de oportunidades de los posibles oferentes.

## 8. *El oferente*

### A. *Compra del pliego*

Vuelvo al contratista, en realidad presunto contratista; se trata de determinados particulares que tienen interés en convertirse en contratistas de la Administración. Una vez aprobado el pliego y hecho –en la forma que corresponda– el llamado a ofertas, comienza la participación activa de aquél, que en esta etapa se conoce como presunto oferente.

Para obtener el pliego debe pagar un precio: lo compra. La doctrina

<sup>69</sup> De Laubadére, *Traité...* cit., t. I, ps. 266 y ss.

no explica la razón de ello, pero lo cierto es que no obstante el interés en que haya muchas ofertas, para poder hacerlas, hay que comprar el pliego; o sea, para ofertar, hay que pagar.

Si el fin de la licitación es la ampliación, transparencia y fluidez del mercado, pareciera que sería más conveniente que el pliego fuese de libre obtención. Pero no solamente no lo es, sino que se impone como obligación que al presentar la propuesta se acompañe el recibo que la Administración le ha otorgado cuando la adquisición, es decir, que se acredite haber obtenido el pliego por compra a la Administración.

Seguramente esto tiende a evitar abusos y a resarcir en alguna medida a la Administración de los gastos que ha tenido en la publicidad del llamado, pero la publicidad no está dada sólo en beneficio del particular.

Esa modalidad, además, tiene como inconveniente que los posibles contratistas pueden saber de antemano quiénes serán sus oponentes, y ello, en alguna medida, les permite una regulación del precio a ofrecer. No encuentro argumentos que justifiquen el procedimiento de venta de los pliegos. El valor de los pliegos suele ser, además, bastante elevado y proporcional al presupuesto oficial de la obra, lo cual hace, en algunas oportunidades, que alcance sumas realmente importantes.

No todo procedimiento administrativo, es, pues, gratuito.

#### B. *Derecho a participar en los procedimientos de selección*

Ya presenté, en su momento, *al contratista* (ver punto IV, numeral 2). Para ser *contratista debe haber sido previamente oferente* y haber triunfado en la selección.

El contratante/oferente que suele llamarse “*secundario*” (contratista) actúa en un plano de aminoración (minus-valencia o minus-potestades). Puede ser persona pública o privada, pero en todo caso debe quedar sometido a las prerrogativas públicas del contratante (o cocontratante principal).

Cumple un rol fundamental, porque interesa muchísimo, para que la voluntad de la Administración sea afirmativamente expresada, que a ella le conforme la persona cocontratante, en cuanto posible obligado respecto de ella, en cuanto posible realizador de las conductas que a la Administración le interesan. Que ese sujeto tenga capacidad –idoneidad– para

realizar aquello que quiere la Administración, como representante del común, en el tiempo, forma y modo como fueron previstos.

En nuestra disciplina eso sucede no como excepción sino como generalidad. Porque en este sistema, el contrato es *intuitu personæ*, por lo que no interesa solamente en cuanto sujeto que expresa su voluntad, en la etapa de formación del vínculo (que es lo que interesa en esta etapa), sino, y fundamentalmente, en tanto realizador de conductas y cumplidor de compromisos; es decir, en la etapa de ejecución del contrato.

El sujeto contratista debe ser estudiado en la etapa previa a la formación del contrato en cuanto es un presupuesto para que éste pueda existir y en tanto es el que expresa la voluntad que establecerá el vínculo. Pero también debe ser exhaustiva y cuidadosamente analizado cuando se trate el contenido donde tiene prioridad asegurar que la prestación sea cumplida en el tiempo, forma y modo como fue querida.

Como ya se ha dicho antes, es posible encontrar a un contratista estatal, a una persona pública, concurriendo a una contratación como sujeto secundario<sup>70</sup>. Pero ese ente concurre sometándose a las prerrogativas públicas del contratante, pues concurre como realizador de las conductas contractuales buscadas por la Administración y pasible, en consecuencia, de las facultades disciplinarias de que es sujeto pasivo quien asume tal carácter.

Lo concreto es que, a diferencia de lo que ocurre con el acto administrativo, aquí hay *dos sujetos* y *no uno*; sujetos que no concurren a formar una “voluntad estatal”, sino, por el contrario, a consolidar un intercambio de voluntades. Eso lo diferencia del acto complejo, en el que concurre más de un órgano.

Conclusión: al lado del sujeto contratante, en principio público (aunque puede ser privado), concurre otro sujeto (en principio privado aunque puede ser público).

<sup>70</sup> Así sucedió con el alumbrado público de calles, plazas y paseos, cuando el ente prestador de energía eléctrica era propiedad del Estado nacional. Los municipios, como entes que gozan de prerrogativas públicas, contrataban con aquel organismo (Agua y Energía Eléctrica de la Nación) para que se encargase del alumbrado público, conviniéndose entonces una vinculación de Derecho Público en la cual el contratante principal era el municipio y el secundario, otro ente público, un organismo del Estado nacional: Agua y Energía Eléctrica.

Una pregunta que surge inmediatamente en el tema es si el interés en ser participante de un procedimiento de selección constituye o no, por una especial consideración del derecho objetivo, *un derecho subjetivo*. Los preceptos normativos que reconocen a las personas la posibilidad de contratar (y por lo tanto de ser oferentes), les confieren el poder de pretender jurídicamente de la Administración esa satisfacción, o sea un auténtico *derecho subjetivo: el de participar*.

Ahora bien, no todos los derechos subjetivos tienen el mismo valor. El poder de pretender y lograr la efectiva satisfacción de los derechos a veces está condicionado. Una cosa es participar y otra ser elegido. Así Sandulli<sup>71</sup> distingue, dentro de la categoría de los derechos condicionados los *diritti affievoliti* y los *diritti in attesa di espansione*. De esta segunda clase sería el derecho reconocido a los interesados para ser oferentes y, luego, contratistas.

¿Por qué? Porque el derecho a ser oferente/contratista está condicionado a que la Administración declare que la oferta hecha por el titular del derecho a participar es la más conveniente para satisfacer la necesidad que le ha llevado a pedir la colaboración del interesado. Cuando esa declaración se efectúe, el derecho se expandirá.

Habitualmente se hace la contraposición entre derecho subjetivo-interés. Suele hacerse desde una perspectiva procesal<sup>72</sup>. Pero en este tema, tal concepción es insuficiente. Así, Santi Romano estimó que la diferencia entre uno y otro radicaba no en el modo de ser protegido uno y otro –lo que en realidad dificulta la contraposición– sino en la diferente eficacia jurídica que el ordenamiento les confiere. El ordenamiento otorga a los titulares de derechos subjetivos un poder de actuar para conseguir su efectividad de una manera decisiva; mientras que no confiere a los titulares de intereses el poder de pretender su satisfacción. “Los titulares de un interés jurídico pueden pedir, de distinta manera y con diferentes efectos su tutela, pero no pueden pretender que ésta se resuelva en su satisfacción. La Administración tiene la obligación de tomarlos en consideración y de

<sup>71</sup> Sandulli, A., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., E. Jovene, Napoli, 1960, p. 61.

<sup>72</sup> García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1.

valorarlos, pero no de conformarse a ellos. En algunos casos, en verdad, existe también tal obligación, pero es de carácter interno, no está establecida con respecto al titular del interés, o sea no es correlativa con éste y, por consiguiente, tampoco en la hipótesis se tendrá la figura del derecho”<sup>73</sup>.

Algunos sostienen que existe un interés legítimo de los participantes a ser elegidos, pero me parece que la solución que digo es superadora.

En algunos casos el oferente debe estar inscrito en algún registro. Esto es útil para apreciar que el contrato se caracteriza por estar formado por una serie de actos separables. Porque si el proceso licitatorio comienza con la habilitación legislativa (trámite ajeno a la Administración contratante), también suelen existir otros procedimientos que se cumplen fuera de aquélla, que en concreto es la que ha iniciado el procedimiento para la formación del contrato. Un ejemplo de lo que digo es la inscripción del oferente en el registro de proveedores del Estado, o en otro similar.

### C. *Participación del presunto oferente en el procedimiento*

Inmediatamente de concluida, o durante, la etapa de compra de los pliegos, comienza una nueva, importante, en la que a veces suceden cosas que tendrán trascendencia en el contrato. Al analizar los pliegos puede resultar, entonces, que el particular encuentre defectos o carencias que pueden llevar a una equivocada cotización de los precios, o a una inadecuada realización de la obra. Está facultado entonces a pedir “aclaraciones” al pliego.

Estas aclaraciones, que puede pedir las cualquiera que haya obtenido el pliego, se contestan y quedan integrando el pliego. Esto obliga a un doble procedimiento. Por un lado, se remite una copia del pedido de aclaración y de su respuesta a todos quienes hayan adquirido el pliego con anterioridad, que a ese efecto deben constituir domicilio, y por otro lado se agrega a los pliegos aún no entregados para que sean tenidos como complementarios por aquellos que los retiran con posterioridad.

<sup>73</sup> Santi Romano, *Corso di Diritto Amministrativo. Principii generali*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1937, ps. 114 y ss., esp. p. 152.

Es importante tener en cuenta que actualmente, para la determinación de las obligaciones de las partes, especialmente el cocontratista en el contrato de obra, se aplica el concepto de obra “llave en mano”, y es razonable que así sea. Esto quiere decir que al término del contrato la obra debe ser entregada en condiciones de ser utilizada para el fin previsto, sin que haya que hacerle modificaciones ni agregados.

Una cuestión puede dar lugar a distintas interpretaciones, y entonces conviene al contratista solicitar la correspondiente aclaración, a efectos de que todos coticen la obra en iguales condiciones y no resulte que alguno la haga a precio menor porque no contempla alguna instalación, y después efectivamente ella le sea solicitada. Así, en el plano aparecen con frecuencia –y eso es lógico– errores técnicos que son objeto de corrección a través de aclaraciones, algunas de las cuales son sumamente importantes, como por ejemplo si la Administración se hace responsable o no de los cálculos que requieren las fundaciones, lo cual implica la realización previa, o no, del estudio de suelos.

## V. Conclusión

Cuando hablamos de procedimiento de selección de contratista, no se hace referencia aún a la constitución del vínculo contractual. No se está todavía frente a un contrato administrativo. Se lo está preparando.

He partido desde el Legislativo, de donde surge la habilitación, para luego arribar al órgano público competente, que limitado por el fin, fue estimulado por una causa, que hizo que iniciase un cierto procedimiento. Se hicieron cálculos, proyectos, estudios de factibilidad, pliegos, *se los aprobó*. Se hizo la convocatoria, se la publicitó. Y apareció otro sujeto: el privado con capacidad, que acuciado por su interés compró el pliego, solicitó aclaraciones y seguramente se presentará ofertando para ser el contratista del Estado.

Ahí termina este tránsito; siga usted lector por otras lecturas, más profundas e interesantes, que encuentra en este tomo. Pero si se hace camino al andar, el procedimiento y usted empezaron por aquí; deben continuar con las páginas que siguen para conocer todos los vericuetos de estos procedimientos de selección del contratista.