

EL PROCEDIMIENTO DE SELECCION DEL CONTRATISTA.

por el
Dr. Rodolfo Carlos Barra

68.- INTRODUCCION

Ya se ha visto en los párrafos anteriores (supra, Cap. IV, parág. 11) que la actuación jurídica de la Administración Pública transcurre siempre y necesariamente a través de un cauce procesal, cuya importancia es tal que el procedimiento ha sido elevado a la categoría de elemento esencial para la validez del acto administrativo. Esto mismo ocurre en materia de contratos administrativos, los que en realidad, como ya fue visto, son procedimientos contractuales, no sólo en su fase de formación sino en toda su etapa de ejecución.

Este carácter, de todas maneras, adquiere especial relevancia en la etapa de formación del contrato, particularmente en lo que respecta a la elección de quien será el contratista de la Administración Pública. Nótese que si bien en el contrato de obra pública este carácter procesal se destaca con igual importancia durante toda la vida del contrato, tanto que hasta es un elemento conformador de su propia naturaleza (supra Cap. IV, parág. 11) en otros contratos administrativos, como en el caso del contrato de suministro, es durante el momento de su formación cuando el elemento "procedimiento" adquiere mayor trascendencia, quedando reducido a su mínima expresión durante la ejecución del contrato.

Es que, cualquiera sea el mecanismo de ejecución de un tipo contractual determinado, lo que la Administración Pública no puede hacer (salvo las excepciones previstas por la ley) es contratar sin antes haber seleccionado al mejor de los administrados que, voluntariamente, quieran ser su contraparte en el contrato del caso.

. Este trabajo del doctor Rodolfo Carlos Barra corresponde a un capítulo de su libro "El CONTRATO DE OBRA PUBLICA". de próxima aparición.

Este es un elemento tipificante del contrato administrativo, una de las notas que integran el llamado "régimen jurídico exorbitante" (supra, Cap. I., parág. 3), constituyendo tanto una prerrogativa de la administración como una garantía del administrado.

La concepción del procedimiento de selección como prerrogativa de la administración se funda en su razón instrumental en cuanto a garantizar la realización del interés público que justifica la existencia de ese determinado contrato. Así, ningún administrado podrá pretender tener derecho a la celebración de un contrato, cualquiera sea la clase de negociación que haya celebrado previamente con la Administración Pública, si no se ha cumplido con el procedimiento de selección establecido por la ley. De la misma manera, tampoco el administrado tendrá derecho a la estabilidad de su contrato, si este fue celebrado sin cumplir con tal requisito. Esto quiere decir que la Administración Pública podrá, o más bien deberá, rescindir el contrato (entendiendo aquella expresión, a estos efectos, en un sentido amplio) de ocurrir tal vicio, rescisión que declarará por sí y ante sí, salvo, para este último aspecto, que se encuentre obligada a promover la acción judicial de lesividad, de darse el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 17 de la ley 19.549 (1). Debe tenerse en cuenta que, en cualquier caso, será la misma Administración la que disponga o accione por la rescisión aunque, como es obvio, ella fue la causante del vicio indicado al contratar irregularmente.

Pero, a la vez, el procedimiento de selección del contratista es una garantía del administrado, en tanto que, precisamente, garantiza el respeto del principio de la igualdad comparativa que, en aplicación de la justicia distributiva de la cual el contrato administrativo es también realizador (supra, Cap. I., parág. 2), permite que, quien lo merezca, reciba la "parte" del Bien Común que la celebración del contrato supone, conforme lo expuesto en el punto al que se ha hecho referencia en la última remisión.

Es cierto que en la actividad privada también, quien desee contratar, seleccionará a su cocontratante, de acuerdo a distintos mecanismos que van desde lo meramente psicológico, en la persona física, hasta la realización de procedimientos incluso similares a los que lleva a cabo la Administración Pública (por ejemplo, la licitación pública) en organizaciones más complejas. Pero en ningún caso (salvo supuestos de excepción donde intervienen elementos que vician la voluntad, ¿casos de dolo) la ausencia de este procedimiento significará la invalidez del contrato, invalidez que, en cualquier caso, no podrá ser planteada por quien, por su culpa, omitió realizar el procedimiento de selección.

Lo que ocurre es que, en el supuesto visto en el párrafo precedente, tal procedimiento de selección (si existe con esa formalidad) fué establecido por el propio interesado en su propio y exclusivo interés. De aquí que a él y sólo a él le corresponda su protección.

En cambio, en el caso de la contratación pública, el procedimiento de selección del contratista es **establecido por la ley** en orden a la protección de otros fines, por supuesto de acuerdo con la razón de ser propia de todo el Derecho Administrativo.

Así, dentro del amplio marco de la realización y distribución del Bien Común,

pueden indicarse en el procedimiento de selección del contratista tres fines principales .

- la garantía del interés público, caracterizado por el resguardo de la moralidad administrativa (tanto en su aspecto sustancial o efectivo, como en su aspecto formal o de apariencia: nadie puede dudar que en la celebración del contrato fue afectada la exigencia de moralidad en el funcionario público) y de la contratación necesaria, conveniente y eficaz;

- la garantía de la correcta satisfacción del concreto fin que lleva a la Administración (centralizada o descentralizada) a contratar;

- la garantía del principio de igualdad en favor del administrado que quiere contratar con la Administración, conforme a las exigencias de la justicia distributiva, y que en nuestro ordenamiento se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional (2).

Desde esta perspectiva se destaca claramente la diferencia esencial que el instituto tiene en la contratación pública con respecto de la contratación privada, a la vez que permite defender con mayor énfasis el mantenimiento de este sistema de selección de contratistas para todo el sector público, a despecho de las críticas "eficientistas" que en muchas ocasiones recibe (3).

Las críticas a todo sistema de selección del contratista estatal, y en particular al procedimiento de la licitación pública, pueden sintetizarse principalmente en tres grandes grupos:

- a) provoca grandes demoras en la contratación administrativa, conspirando contra la eficiencia de la Administración, en particular cuando se la aplica a las contrataciones de las empresas de propiedad del Estado.

La licitación es un procedimiento, y como tal tiene su tiempo de realización. De todas maneras, ese tiempo es en gran parte "manejable" por el licitante, quien adecuará el término de las distintas etapas procesales a las circunstancias del caso, salvo con respecto a aquellos plazos establecidos taxativamente por la norma jurídica, que tampoco son tantos ni tan prolongados. En realidad, es de la naturaleza del procedimiento administrativo, ya que así lo exige la dinámica administrativa, la prontitud de su tramitación, hasta tal punto que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, consagra como principio liminar del procedimiento a la "celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites" (artículo 1, apartado b), de manera que las demoras exageradas, que lamentablemente ocurren con mucha frecuencia, deben atribuirse más a defectos de organización y de personal, que al sistema en sí mismo. Ya se verá como, en las regulaciones del procedimiento licitatorio, se establecen mecanismos útiles para abreviar los plazos de tramitación, sin afectar por ello a los grandes principios que son la base del sistema.

Sin perjuicio de lo expuesto, las distintas legislaciones que regulan los sistemas de selección del contratista estatal, establecen excepciones al principio de la licitación pública, por razones de urgencia o ante contrataciones de menor monto, por ejemplo, que permiten aplicar procedimientos más sencillos y rápidos, como la licitación privada o la contratación directa, cuya tramitación no supone un insumo de tiempo mayor que el que requiere la contratación en cualquier empresa privada, en especial las de mayor magnitud y complejidad de organización.

En lo que hace a las empresas comerciales-industriales de propiedad del Estado nada impide que tengan un régimen propio, adecuado a las características y exigencias de su actuación comercial, siempre que respete aquellos principios fundamentales destinados a garantizar fines de mayor jerarquía que la eficacia pretendida.

b) quita flexibilidad a la negociación, obligando muchas veces al licitante a realizar contrataciones que no alcanzaron su grado máximo de conveniencia.

Por supuesto que, como en todos los órdenes de la vida, siempre se podrá aspirar a un resultado mejor, pero en este caso puede afirmarse que la contratación más conveniente para el Estado es aquella que, ante todo, se realizó respetando aquellas garantías y finalidades sustanciales. Por lo demás, en las propias condiciones de la licitación, deberán preverse, de la manera más completa posible, todos los elementos que permitan lograr una contratación conveniente. Otra vez se trata de un problema de capacitación del personal y de correcta organización, con indudable influencia en la preparación de los pliegos, y no de una crítica al sistema en sí mismo.

c) la experiencia demuestra que, aunque se siga un riguroso procedimiento de licitación pública, ello no excluye la posible actitud dolosa del funcionario responsable de tramitar la misma o de decidir la adjudicación.

Este argumento tiene un valor contrario al pretendido, pues si, aun con un riguroso procedimiento de licitación pública, pueden ocurrir hechos dolosos o irregulares, qué no sería si la contratación fuese absolutamente libre. Creo que esta consideración excluye cualquier otro comentario. Simplemente cabe transcribir la conclusión a que arribó BOQUERA OLIVER, en su ya citada intervención en el Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, al analizar las críticas que se le hacen al procedimiento de la licitación pública (4):

"El que entendemos mejor procedimiento para seleccionar contratistas: la licitación pública o subasta, para su buen funcionamiento exige una adecuada organización administrativa y servidores de la Administración capaces y diligentes. Pero resulta más cómodo emplear otros procedimientos menos buenos para seleccionar contratistas, que remediar tales deficiencias. Debilidades humanas son el principal obstáculo para el buen funcionamiento de la licitación pública. Se le acusa de ser una muestra de desconfianza hacia las autoridades y funcionarios públicos, cuando sólo trata de evitar que caigan en la tentación".

Estas valoraciones han sido también tenidas en cuenta en países con sistemas jurídicos diferentes al nuestro, en donde, sin embargo, el procedimiento de la licitación pública es considerada la regla de toda contratación estatal. Este es el caso de los Estados Unidos, donde la licitación pública previa es interpretada como una consecuencia de la exigencia de la free and fair competition entre todos los aspirantes a contratar con el Gobierno Federal, de manera que la licitación pública sirve, así, para garantizar la regla de la equal opportunities, cuya base es la misma estructura ideológica sobre la que se asienta la organización de la sociedad norteamericana (4 bis).

Además de ello, y en el mismo grado de jerarquía valorativa, los autores norteamericanos no dejan de considerar que la utilización de la política contractual del Estado tiene un gran impacto en la sociedad, ya que los contratos estatales "alcanzan a casi todas las partes de la Nación y tocan casi todos los segmentos de la

vida americana", de ahí que "...cuando un nuevo objetivo nacional es identificado por el gobierno federal, el contrato gubernamental es una poderosa herramienta para promover tal objetivo" (4 ter.). Desde esta perspectiva, las condiciones que puedan establecerse en las bases de selección del contratista estatal pueden perfectamente promover el logro de los objetivos definidos como "public policies", - al exigirle al oferente el cumplimiento de determinados requisitos en sí mismos independientes con el objeto del contrato (por ejemplo, la ocupación de una determinada cantidad de mano de obra correspondiente a una minoría racial, etcétera). .

Seguramente podrá advertirse con facilidad, a partir del desarrollo de las ideas expuestas en el párrafo anterior, que el contrato administrativo es también una herramienta de gobierno, es decir, también se celebra, o puede celebrarse buscando la obtención de un objetivo independiente de la prestación concreta a la que tal contrato se refiera. Dentro de esta concepción, la imperatividad del procedimiento de selección del contratista, con los efectos que se irán estudiando más adelante, es un instrumento por demás apto para definir tales políticas y establecer los medios necesarios para llevarlos a cabo.

69.- CONCEPTO

El análisis del procedimiento de selección del contratista precisa de una aclaración previa, orientada a destacar su calidad de concepto genérico frente a los distintos tipos o especies de procedimientos de contratación que las legislaciones regulan. Con esto se busca evitar una bastante frecuente confusión conceptual entre el "procedimiento de selección" y la "licitación pública", que sólo es una especie -si bien la especie "regla"- dentro del género, junto a una muy variada gama de especies, que a su vez dependen del tipo de contrato de que se trate (5).

En cuanto que tal, la selección del contratista integra el mecanismo procesal de toda la contratación administrativa, lo que influye determinadamente en su valoración, y permite, al considerar a los distintos sistemas en razón de "especies", exigir el mismo rigor procesal esencial y la influencia de los principios fundamentales frente a sistemas que, si bien más flexibles en su modulación, no pueden ser confundidos con la libre elección, como son los casos de la contratación directa y de la licitación privada.

El procedimiento se convierte así, cualquiera fuera su especie, en un dato esencial de la contratación administrativa que puede ser definido, siguiendo a BOQUERA OLIVER (6) y de acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, como el "conjunto de actos que permiten a la Administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello, al sujeto más apto para contratar".

70.- OBLIGATORIEDAD

- Las razones que justifican el procedimiento de selección del contratista estatal, están de por sí imponiendo su obligatoriedad. Así es posible afirmar que la exigencia previa del procedimiento de selección es la regla, mientras que la libre elección es la excepción.

Es cierto que se han emitido opiniones de jerarquía sosteniendo el principio inverso (7), pero estimo que esas argumentaciones doctrinarias no han atendido lo suficiente a los valores que el instituto del procedimiento de selección del contratista estatal busca resguardar y que de ninguna manera se encontrarían protegidos si se dejara la contratación administrativa en manos del libre arbitrio del funcionario. No cabe duda que los controles posteriores (tanto jurídicos como políticos) si bien son necesarios, no siempre logran reparar el daño que al Bien Común comprometido en esa contratación, pueda producir un acuerdo celebrado de manera irregular o por motivaciones o condicionamientos espúreos. Además, como bien lo reconoce la sabiduría popular, es preferible evitar el daño que reparado, y a lo primero precisamente tiende el instituto en estudio.

Por otra parte, las opiniones criticadas, también olvidan considerar un dato de suma importancia, tal cual es la exigencia de la legislación aplicable.

Así, en nuestro derecho, el artículo 55 de la Ley de Contabilidad (decreto-ley 23.354/56) establece: "Toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros, se hará por regla general previa licitación pública". Cabe señalar que esta norma, de por sí suficientemente amplia, fue interpretada por la Procuración del Tesoro de la Nación de manera que no deja lugar a duda en cuanto a su ámbito general de aplicación: "La enumeración del artículo 55 tiene carácter simplemente enunciativo y por consiguiente el capítulo VI es aplicable a todas las contrataciones que realice el Estado, cualquiera sea la naturaleza del contrato cuya concreción se persiga" ~ (8)

Naturalmente, aunque la norma citada se refiera a la licitación pública, en una construcción doctrinaria más acabada, y en definitiva en una interpretación estrictamente lógica, cabe concluir en que, conforme a nuestro derecho positivo, la regla general es la contratación previo procedimiento de selección del contratista, correspondiendo la libre elección sólo cuando una norma expresamente así lo autorice.

En el derecho comparado, éste -la necesidad del previo procedimiento de selección- es el principio general, por lo menos en los contratos de suministros, obras, servicios, consultaría y otros contratos especiales como los relativos a las concesiones petroleras, para su exploración y explotación, en los países en que ello existe.

En el orden latinoamericano, el "estudio preliminar" elaborado por el Instituto para la Integración de América Latina sobre "Contrataciones del Sector Público en América Latina", preparatorio de su reunión de Río de Janeiro, setiembre de 1982, realizó un profundo análisis de los sistemas de contrataciones de la región, donde se destaca la vigencia del principio antes expuesto. Así, además de la Argentina, en Bolivia (decreto ley 15.223/77, para el contrato de suministro; decreto ley 15.192/77 para el contrato de obras; decreto ley 16.850/79 para el contrato de consultaría); en Brasil, mediante el decreto ley 200/67 para las contrataciones de bienes, obras y servicios; y el decreto 73.140/73, con sucesivas modificaciones, para los contratos relativos a obras y servicios de ingeniería; en Colombia el decreto 150/76, que instituye el régimen básico de contrataciones del sector público, regulando, entre otros, los contratos de suministros, obras públicas y consultaría; en Ecuador el

principio se encuentra impuesto por la ley de Licitaciones y Concursos de ofertas, del año 1976; en México, para las obras públicas, la ley del 30 de diciembre de 1980 exige la subasta previa salvo casos excepcionales en que se puede contratar por vía del concurso privado de ofertas; en Paraguay, el sistema está estructurado a través de la Ley de Organización Administrativa del 22 de junio de 1909 y otras normas complementarias; en Perú, el sistema está establecido para la adquisición de bienes y servicios por las leyes de presupuesto 14.816, 16.360 y 23.233, que también rigen para los contratos de consultoría, y el decreto supremo 034-80- VC, para las obras públicas, aplicable también a las "empresas de derecho público" y a las "empresas estatales de derecho privado" (decreto ley 216); en Uruguay, por el decreto 104/68, de Contabilidad y Administración Financiera, que entre otros aspectos, regula las contrataciones de los órganos de la Administración centralizada, entes autónomos, servicios descentralizados y empresas comerciales e industriales del Estado; en Venezuela rige el régimen básico de contrataciones, para la Administración centralizada, Institutos Autónomos y Empresas del Estado, según lo establecido en el Cap. III de la Ley Orgánica de la Contaduría General de la República y el Instructivo 24/77.

La misma situación se produce en el derecho europeo. En Italia, de acuerdo con la Ley de Contabilidad General y su reglamentación "...todos los contratos de los cuales deriven un ingreso o un débito para el Estado deben ser precedidos por pública subasta (*pubblici incanti*)" o bien, en casos excepcionales y debidamente fundamentados, por licitación privada o el sistema llamado "*appalto concorso*" (9).

En el derecho español, la Ley de Bases de Contratos del Estado, dispone en su artículo 13 que los contratos del Estado, salvo las excepciones que la misma ley establece, "se celebrarán... bajo los principios de publicidad y concurrencia...", que, precisamente, son los principios liminares del procedimiento de selección del contratista (10). Lo mismo ocurre en Francia, a pesar de que allí también un importante sector doctrinario confunde la regla con la excepción (11).

En los E.E.U.U., donde, según lo visto en supra T 1, Cap. I, parág. 4, el régimen de la contratación estatal es de neto corte publicístico, la regla es también un sistema procesal basado en el anuncio o convocatoria formal (*formal advertising*) a presentar propuestas: "El anuncio formal es el sistema competitivo de propuestas selladas usado por el gobierno federal para seleccionar contratistas cuando las condiciones lo permiten. El sistema está dirigido a asegurar el más ventajoso contrato para el Gobierno maximizando la libre y abierta competición, previniendo el favoritismo, la colusión o el fraude, y dando a todas las partes interesadas una oportunidad para competir" (11 bis).

Volviendo a nuestro país, en materia del contrato de obra pública la regla general de la previa selección del contratista privado, se aplica con toda intensidad. Así expresamente lo dispone el artículo 9 de la ley 13.064: "Sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en remate público" (12), para luego indicar los casos de excepción en que resultan procedentes los procedimientos de licitación privada o contratación directa. En el Proyecto CIMOP del año 1970, se estableció que "Todas las contrataciones que se realicen con sujeción a la presente ley, deberán formalizar-

se mediante licitación pública" (artículo 12), sin perjuicio de la aplicación de otros procedimientos de excepción.

El Proyecto SETOP de 1977 contiene, en su artículo 17, una disposición similar: "Las contrataciones sujetas a la presente ley deberán realizarse mediante licitación pública", señalando luego los casos en que procede la contratación directa, licitación privada o el concurso de precios o de antecedentes.

Las legislaciones provinciales también han adoptado, en forma unánime, un criterio similar (13).

71.- DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS y PROCEDIMIENTO DE SELECCION

Si el procedimiento de selección del contratista estatal, en especial la licitación pública, es la regla general que debe respetarse previa a toda contratación administrativa, so pena de invalidez del contrato, y si este requisito está concebido por el sistema jurídico no sólo en beneficio de la Administración sino también como garantía de los administrados, resulta obvio que su comprensión no puede estar limitada a una consideración meramente formal sino que debe ser estudiado y valorado, fundamentalmente, desde la perspectiva de sus efectos sustanciales. Es decir, no basta afirmar que la validez del contrato depende del llamado a licitación y del posterior desarrollo regular (formal) del procedimiento, sin que tenga trascendencia el acierto o error de la Administración licitante en cuanto a la elección de adjudicatario.

El argumento en contrario podría formularse de la siguiente manera: el procedimiento de selección es sólo un elemento del futuro contrato que, aún cuando no se lo vincule necesariamente con el elemento "forma", no deja de ser un requisito que tiene que ser valorado en función de su propia regularidad procesal. Así, se tendrá especialmente en cuenta la correcta publicación de los anuncios (convocatoria a ofertar) en los plazos previstos por las normas, la regularidad del acto de apertura y de admisión de oferentes, el respeto de los principios fundamentales del procedimiento (infra, parág. 73) en particular el de igualdad, el acceso de todos los oferentes a las actuaciones administrativas, etcétera. La falta de respeto de estas exigencias y de otras de idéntico contenido "procesal" justificará la procedencia de impugnaciones formuladas durante el transcurso del procedimiento e incluso contra la adjudicación y contrato. Pero, si el procedimiento se desarrolló con una absoluta regularidad "formal-procesal", la decisión de adjudicar la oferta de talo cual proponente es soberana de la Administración, salvo, cuanto más, en caso de arbitrariedad manifiesta. Es decir, la Administración debe adjudicar a la oferta "más conveniente" (artículo 18 de la ley 13.064), de todas las que han cumplido "con las condiciones exigidas para la licitación" (misma norma). Respetado este último requisito y no existiendo irregularidad procesal alguna, la Administración elegirá la que, para ella, es la oferta más conveniente, lo que importa el ejercicio de una facultad o prerrogativa discrecional.

Es, aparentemente, lógico que, mientras se actúe con regularidad, quien quiera contratar tenga libertad (sólo limitada por el concepto de arbitrariedad manifiesta)

.para elegir a' su Cocontratante; para decidir cuál, de todas las ofertas presentadas en regla, satisface de mejor manera a sus intereses (14).

La gravedad del problema planteado, que en la práctica puede transformar a la .licitación pública y a cualquier otro tipo de procedimiento de selección en un ritualismo inútil, obliga a que el mismo sea estudiado con mayor detalle, en especial en lo que toca al tema de las facultades discrecionales de la Administración, ya que ese es el concepto que puede justificar la adopción de la tesis antes expuesta que, desde ya, queda rechazada.

En forma sencilla puede afirmarse que para el Derecho, la decisión discrecional es aquella que se toma entre dos o más soluciones, todas igualmente válidas e igualmente justas para el ordenamiento jurídico (15). Así, la Administración Pública gozará de la llamada potestad discrecional (se dirá entonces que su actividad es discrecional) cuando la norma que habilita la actuación del órgano "remite a una estimación administrativa que implica otorgarle a la Administración la opción de escoger una solución entre varias soluciones igualmente justas" (16).

El arbitrio administrativo -dice Merkl- es lo opuesto al derecho administrativo objetivo en la actividad administrativa, y agrega: "La ciencia jurídica entiende bajo el concepto de arbitrio el fenómeno de la libertad jurídica del órgano estatal, una actividad del órgano que no está condicionada, o, por lo menos, lo está de modo distinto, que la restante actividad de los órganos por el derecho objetivo, y que depende, por lo tanto, de la decisión propia del órgano en cuestión" (17).

En realidad todo acto administrativo tiene aspectos reglados y aspectos discrecionales (18). Lo primero, porque nunca podremos apartarnos del principio de la "administración de legalidad", que hace que, en alguna medida, la Administración siempre debe encontrar en la norma jurídica el fundamento y límite de su actuación. Pero tampoco puede dejarse de lado absolutamente el componente discrecional. La Administración, como el Juez aunque frente a distintas situaciones, también aplica la norma jurídica a situaciones concretas. Dice Merkl que un acto relativamente abstracto (como toda norma jurídica) "que sirve como regla de producción de un acto relativamente concreto, no puede determinar a éste último de una manera completa, sino que proporciona, únicamente, un componente para su proceso de concreción y debe dejar sitio para otro componente: el arbitrio del órgano competente para llevar a cabo el acto que requiere concreción" (19).

Es decir que la actuación discrecional se da en las tres funciones de los órganos estatales supremos de la Constitución (20) y no sólo con relación a la actividad de la Administración Pública. Esto es importante remarcarlo por cuanto contribuirá a "desmitificar" el concepto de la discrecionalidad, que al ser concebido como un atributo exclusivo de la Administración Pública impulsó a formar la idea -siempre vaga e imprecisa- que la discrecionalidad significaba una absoluta libertad de acción para el poder administrador, sin otro límite que la arbitrariedad (supuesto no siempre fácil de poner en evidencia) y controlable sólo en éste último supuesto, aunque esto desde ya, tenga gran importancia al habilitar un amplio margen de control judicial (20 bis).

Al considerar la discrecionalidad como un ámbito natural de la actuación estatal, pero siempre sometido al orden jurídico (20 ter), puesto que de lo contrario

habría una patente contradicción con los principios del Estado de Derecho, la discrecionalidad pierde ese sentido en cierta medida esotérico y se convierte en otro concepto jurídico más, cuyo estudio, lógicamente, adquiera relevancia en el campo del Derecho Público.

Así, si el Estado tiene la obligación de realizar el Bien Común, que es la causa principal de su existencia, y esto lo hace conforme al orden jurídico que predetermina los fines y los medios útiles para la realización perfecta de ese supremo bien temporal, no puede caber duda que su actuación no es discrecional sino "reglada", es decir, determinada de antemano por la norma jurídica.

Esta determinación, en su incidencia sobre la actividad a que se refiere, tendrá distintas gradaciones. El legislador encuentra la determinación de su actividad propia -legislar- en la Constitución Nacional, pero ésta es sólo un límite extremo para determinar la conducta del autor de la ley, tanto en el modo o procedimiento de actuación como en el contenido de la ley mismas. En particular, este último, es expresión de la soberanía estatal y el principal medio que tiene el Estado para definir cual es el Bien Común apetecido por la comunidad. Por consiguiente, resulta claro que, salvo violación de los límites constitucionales, la ley será la máxima expresión de la discrecionalidad estatal. Pero aún así, los efectos de la ley sobre los súbditos del Estado no es indiferente para el orden jurídico, no sólo porque es una contribución a la creación de ese mismo orden jurídico, sino también, porque si de esa ley, aún constitucionalmente válida, se siguen' efectos dañosos para los derechos de algún súbdito, fuera de las condiciones normales en que debía soportarlos como cualquier otro miembro de la comunidad, nacerá una obligación resarcitoria por parte del Estado (21), lo que demuestra que la actuación discrecional, incluso la más plena, nunca es indiferente para el derecho y provoca el control judicial, tanto para examinar si la leyes constitucional como, aun en el caso que lo sea, determinar si hay daño indemnizable provocado por ella y la medida de tal indemnización. De manera que, esto lo demuestra, no puede afirmarse que el juez, a priori, deba inhibirse de conocer en una cuestión donde esté en juego la actuación discrecional estatal. Por el contrario, será a posteriori, en su sentencia, donde el juez determinará si la pretensión hecha valer en el proceso deber ser acogida, y en qué condiciones. Más adelante se volverá sobre el tema (infra, parág. 72).

La actividad judicial tiene también un alto contenido discrecional, pues es evidente que aunque la sentencia no debe contradecir el orden jurídico, el juez tiene un amplísimo margen de apreciación de los hechos y pruebas de la causa (22), realizando una labor de creación jurídica al decidir el encuadramiento de un caso concreto determinado, en una norma abstracta preexistente. Sin embargo, la actividad judicial es controlable por los tribunales superiores, siempre dentro de las condiciones fijadas por las normas de procedimiento.-

Con un grado de discrecionalidad que, aunque referido a situaciones más numerosas, es mucho menos intensa que los casos anteriores, la Administración Pública fue considerada, paradójicamente, como la máxima expresión de actuación discrecional y de excepción de control por parte de los jueces. Nada más equivocado.

La Administración Pública se encuentra mucho más ligada a la norma jurídica que los otros dos órganos superiores del Estado, lo que surge de la letra y el espíritu de las constituciones modernas. Es que, habitualmente, la norma jurídica a la que la Administración debe someterse, determinará de modo preciso el interés público a alcanzar con la actuación administrativa, fin que, además, sólo podrá ser obtenido mediante la utilización de los instrumentos autorizados por el orden jurídico. Como la actuación administrativa tiene una nota de concreción muy preponderante, y como lo justo y lo injusto son contradicciones lógicas, serán pocos los casos concretos que, en las mismas condiciones de tiempo y de lugar, admitan distintas soluciones igualmente justas. Debe recordarse que la justicia obliga a dar a cada uno lo suyo, y ¿cómo puede ser que, en un caso concreto, lo suyo (ajuste estricto de obligación y derecho) tenga variedad de contenidos?

En realidad la discrecionalidad administrativa sólo aparece cuando una norma jurídica habilita a la Administración Pública a actuar eligiendo medios y fines inmediatos que son indiferentes para el derecho (salvo arbitrariedad o desviación de poder) en la medida que tal actuación no se encuentre vinculada a una relación jurídica anterior, y ello sin perjuicio de la obligación eventual de responder por las consecuencias dañosas de dicha conducta.

Así, la Administración Pública (dentro de las limitaciones presupuestarias) se encuentra discrecionalmente habilitada para decidir qué obra pública construirá cómo lo hará, y cuándo lo hará, sin perjuicio del deber de indemnizar a los terceros perjudicados por la ejecución de esa obra pública. Pero una vez que decidió la ejecución de la obra, publicando los anuncios para la convocatoria de ofertas, su actuación deja de ser discrecional, encontrándose absolutamente reglada, en las condiciones que luego se verán.

No obstante lo dicho, hay también habilitación discrecional para actuar aun cuando tal actuación se encuentre vinculada a una relación jurídica anterior, tal es el caso de la revocación del acto regular, por razones de oportunidad prevista por el artículo 18 in fine de la ley de Procedimientos Administrativos 19.549, lo que en definitiva no es sino una manifestación del régimen jurídico exorbitante propio del Derecho Administrativo (ver supra, Cap. 1, parág. 3).

Pero, aún en ese caso, la posibilidad de extinción unilateral del acto, como también del contrato administrativo, forma parte de la misma relación jurídica (22 bis), de manera que, en ese supuesto, el derecho del administrado a la estabilidad del acto se reduce a la indemnización de los daños y perjuicios que le genere la revocación válidamente decidida por la Administración por razones de interés público. Lo que no está vinculado a una relación jurídica anterior, por cuanto no es una obligación -positiva o negativa- exigible por el administrado, es la decisión de la Administración Pública de actuar (poner en acto) la potencia revocatoria que le otorga la norma jurídica.

La discrecionalidad sólo aparece, entonces, cuando la norma habilita a la Administración Pública a actuar conforme a una apreciación circunstanciada del interés público, según valoración hecha por la misma Administración. En estas condiciones la norma le otorga una competencia potencial que sólo es valorable

jurídicamente (en cuanto a sus consecuencias) cuando el órgano toma una decisión expresa acerca de tal actuación. Si no hay una obligación exigible (valga la redundancia) por parte de un administrado con respecto a una conducta positiva o negativa de la Administración, entonces tal conducta será discrecional, pues la Administración podrá decidir con una relativa libertad si pone o no en acto tal potencia.

La discrecionalidad se funda, entonces, en una previa valoración del interés público efectuada por la Administración conforme a lo que le fue autorizado por la norma pertinente. De esta manera la Administración pudo decidir cuál era el contenido concreto del interés público, y por tanto la conducta exigida por dicho interés, en un caso dado. Pero esta decisión obliga a la Administración ya que, salvo circunstancia excepcionales -o bien ordinarias, pero cualificadas o significativas, como podría ser el paso de un prolongado período de tiempo, que de por sí hace variar los presupuestos fácticos, y aún los criterios de valorización de los mismos, del juicio sobre el interés público- no podrá valorar contradictoriamente dicho interés público so pena de incurrir en los vicios de falta de causa o de desviación de poder con referencia al acto o contrato administrativo de que se trate.

Así lo señala DIEZ-PICAZA (22 ter.).

"La Administración, dentro del marco de la legalidad, goza de un cierto margen de discrecionalidad (procedente de la función de dirección política propia del poder ejecutivo) para fijar el interés público; pero, una vez fijado, dicha discrecionalidad desaparece. Se podría decir que, al hacer esta fijación, la Administración se autovincula y renuncia a los demás posibles criterios sobre el interés público".

Corresponde, entonces, relacionar a la discrecionalidad con el derecho del administrado o más concretamente, con la pretensión que este puede hacer valer en sede administrativa o judicial, amparada por el derecho objetivo. Por consiguiente, será una actitud errónea tratar de definir la discrecionalidad con abstracción de las situaciones concretas. Sólo en el seno del caso concreto, al valorar la procedencia de la pretensión hecha valer por el administrado, podrá establecerse si tal actuación administrativa era discrecional o no (23).

Aún admitida en el caso concreto la discrecionalidad del actuar de la Administración Pública, su conducta no será absolutamente indiferente para el derecho, de ahí que en párrafos anteriores se mencionara la "relativa" libertad de que goza -aún en el campo de la actividad discrecional- el órgano o ente público.

Es que, si bien en sí misma, la actividad discrecional no es susceptible de valoración jurídica, las consecuencias de esta actividad tendrán muy importantes efectos jurídicos, y por lo tanto, generarán derechos y obligaciones para todas las partes implicadas por el obrar discrecional.

La primera consecuencia será, como ya se indicó en párrafos anteriores, la obligación estatal de indemnizar los daños producidos como consecuencia de tal actividad, aun cuando esta última no haya implicado cometer un hecho ilícito en los términos del Código Civil, todo ello conforme a los principios del Derecho Administrativo en materia de responsabilidad estatal.

Por supuesto, la actividad discrecional también generará las consecuencias jurídicas propias de la relación jurídica que establece: así, suponiendo que la

decisión de otorgar un medio de fomento sea discrecional, una vez decidido mediante el acto administrativo pertinente, la Administración se encontrará obligada frente al beneficiario en los términos de ese mismo acto y la normativa que le sea aplicable.

Pero la actividad discrecional es también susceptible de generar derechos en administrados terceros y, en sentido estricto, extraños a la relación jurídica que la misma establezca, ya sea en virtud de un acto administrativo, un contrato o incluso un reglamento.

Si la discrecionalidad no es nada más que la habilitación legal para actuar -una habilitación potencial, cuya puesta en acto depende de la voluntad de la Administración, a diferencia de la actividad reglada, en donde la actuación viene impuesta por la norma, independientemente de la voluntad de la Administración- hasta el momento en que la Administración decide tal actuación su voluntad es libre (salvo arbitrariedad o desviación de poder), no tiene frente a sí a ningún acreedor que puede exigir talo cual comportamiento. Pero una vez que la Administración decidió la actuación puede, según el tipo de actuación de que se trate, enfrentarse a administrados que pretendan que la relación jurídica establecida como consecuencia de la actividad discrecional, debía haber sido fijada con ellos y no con quien lo hizo la Administración Pública.

La actividad discrecional es libre, pero una vez decidida constriñe a la Administración a actuar conforme a la razón de justicia presupuesta en la norma habilitante (24). A partir de allí ya no puede decidir libremente, por cuanto su conducta puede ser exigible por los administrados que se crean con derecho a ello.

Así, como se señaló más arriba, el otorgar **un** beneficio promocional puede ser discrecional (en algunos casos es una actividad totalmente reglada) en el momento de la decisión en sí misma (decisión de promocionar tal actividad) pero no con respecto a quien se promociona, no sólo porque éste último debe reunir los requisitos exigidos por la norma, sino porque otro administrado podría válidamente plantear que, en las mismas circunstancias, él reunía mejores condiciones para hacerse acreedor al beneficio. Una vez que la Administración puso en acto la habilitación contenida en la norma, las consecuencias de su actividad dejan totalmente de ser indiferentes para el derecho. Aquí la solución justa es una y sólo una (25).

Queda así limitada la tradicional clasificación de la actividad administrativa en reglada y discrecional: la primera ocurre cuando la actuación de la Administración Pública está impuesta por la norma jurídica, sin que aquí pueda mediar juicio de oportunidad alguno; la segunda aparece cuando la norma sólo otorga una habilitación para actuar que queda sujeta al juicio de oportunidad del órgano competente, pero que, una vez decidida la actuación, los medios jurídicos a través de los cuales ella se llevará a cabo no podrán ser contrarios a derecho o, más estrictamente, no podrán colocar en un plano de indiferencia jurídica a los derechos que los administrados puedan invocar como consecuencia de esa actuación (positiva u omisiva) de la Administración Pública.

Es por ello que, en las legislaciones más modernas se admite la procedencia de acción procesal administrativa para impugnar actos dictados en ejercicio de "facul-

tades discrecionales", como lo establece el artículo 2do. aptdo. a) del Código Procesal Administrativo de la Provincia de La Rioja (ley 4243), "...siempre que la impugnación se funde en razones de ilegitimidad". "El concepto de ilegitimidad -sigue diciendo la norma citada- comprende los vicios en la competencia, objeto, voluntad, procedimiento y forma del acto, la desviación y el abuso o exceso de poder, la arbitrariedad y la violación de los principios generales de derecho".

Distinto es el problema (aunque a veces se los confunda) referido a lo que la moderna doctrina ius administrativa ha estudiado bajo el nombre de "conceptos jurídicos indeterminados" (26), lo que en realidad es una cuestión que interesa a todas las ramas del derecho, pero en particular al Derecho Administrativo precisamente por su confusión con la concepción clásica de la discrecionalidad administrativa. Esta confusión, sintetizando el punto en cuestión, se realiza al afirmar que siempre que en la norma aparece un concepto jurídico indeterminado habrá discrecionalidad administrativa, y por lo tanto, plena libertad de acción por parte de la Administración, sin la debida protección jurídica a los administrados que puedan considerarse afectados por tal actuación.

Como lo explica SAINZ MORENO: "Bajo la denominación «teoría de los conceptos jurídicos indeterminados» se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones «posibles» aquella que en cada caso se considera conveniente l oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa. Así, pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa eliminando la arbitrariedad mediante el sometimiento a control judicial de todo aquello que debe ser juzgado en términos de legalidad o de justicia" (27).

Esta doctrina -que es una técnica jurídica escindible de la discrecionalidad administrativa y atiende esencialmente a un problema de revisión judicial del obrar administrativo (28)- parte de admitir la imposibilidad de la mera aplicación mecánica de los conceptos jurídicos incorporados a las normas, afirmando que es necesario realizar sobre ellos una valoración autónoma -distinta del mero mecanismo de interpretación jurídica- siempre enmarcada en el contenido de justicia que la norma supone.

Es que, como lo explica GRECO, sólo un pequeño número de conceptos resultan determinados con relativa precisión. Ello acontece, por ejemplo, con los conceptos numéricos, o con los definidos explícitamente, o por remisión a otros anteriormente definidos. Pero en la mayoría de los casos los conceptos jurídicos principales contenidos en las hipótesis normativas exigen su previa determinación. "Conceptos tales -dice GRECO- como 'idoneidad' o 'reconocida aptitud'; 'medidas necesarias'; 'integridad moral'; 'deshonestidad intelectual'; 'perjuicio importante' o 'retraso sensible'; 'razonable rentabilidad' ...no toleran su encuadramiento

automático dentro del esquema prevenido por la norma sino que ineludiblemente requieren un enjuiciamiento previo del operador jurídico para precisar si concretamente concurre el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica contemplados de manera indeterminada" (29).

Así, mucho menos que en el caso de la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados no suponen una aplicación indiferente para el derecho. Por el contrario, todo concepto incorporado a una norma jurídica -cualquiera que sea el grado de su indeterminación y limitada la idea de la discrecionalidad tal como fué expuesta en los párrafos anteriores- puede ser interpretado y aplicado de acuerdo con la solución justa que ese concepto, en cada caso, y en su contexto legal y circunstancial, lleva implícita (30). En definitiva, el concepto jurídico indeterminado perderá este último carácter, determinándose, en relación con la pretensión jurídica que, en el caso, el administrado haga valer en sede administrativa o judicial. Esta determinación se realizará al incorporarse el decisorio que reconozca o desestime tal pretensión jurídica, al definir si el reclamante o accionante era o no acreedor al derecho, a la cosa, que es el objeto-contenido de su pretensión.

Lo expuesto hasta aquí permite encontrar una respuesta adecuada al interrogante planteado al comienzo de este párrafo acerca del contenido (reglado o discrecional) de la actividad de la Administración Pública puesta en acto a partir del momento en que convocó a la presentación de ofertas en un procedimiento de selección de contratista estatal.

No puede caber duda que la decisión de formalizar o no un contrato, en el caso, ejecutar una obra pública, es una actividad discrecional de la Administración, que parte de una habilitación potencial que le otorga la norma jurídica (en las condiciones que más adelante se analizarán) pero cuya puesta en ejecución (en acto) depende de una libre apreciación de oportunidad del órgano competente.

Sin embargo esta "discrecionalidad" se va desvaneciendo a medida que la Administración va tomando decisiones al respecto. Primero, al producir el llamado de ofertas, ya se impone a sí misma una actividad reglada: la realización del procedimiento de selección debido -tiene una restringida libertad de elección en cuanto al tipo de procedimiento a seguir (infra, Cap. IX)- conforme a normas que regulan su tramitación. Hasta aquí, por encima de esa actividad reglada, todavía mantiene un margen de discrecionalidad; desistir de su voluntad de contratar, extinguiendo el procedimiento antes de la adjudicación, sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que puedan hacer valer los oferentes (infra, Cap. IX). Pero cuando adjudica, la discrecionalidad sólo subsiste en cuanto a que la norma la habilita a decidir la no contratación, indemnizando al adjudicatario, o, aún después de contratado, decidir la revocación unilateral de ese contrato, indemnizando al contratista. Esto quiere decir que la Administración no está obligada (conducta reglada) a continuar con la ejecución de una obra que pudo haberse tornado contraria o inconveniente para el interés público, lo que es una valoración de su exclusiva incumbencia, salvo arbitrariedad.

No obstante ello, la adjudicación decidida elimina la discrecionalidad en cuanto a la subsistencia del procedimiento de selección, ya que éste ya arribó al acto final que constituye su objeto. Entonces reaparece aquí el contenido reglado de la

actividad administrativa expresada en el acto de adjudicación: debe adjudicar a la oferta más conveniente (artículo 18 de la ley 13.064).

Esta decisión administrativa de adjudicar a uno de los oferentes que han participado del procedimiento de selección de contratistas es, en sentido estricto, un acto administrativo, por lo que le resultan aplicables las disposiciones pertinentes de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 y, en particular, su artículo 7 que enumera los elementos esenciales- que hacen a la validez misma del acto administrativo: competencia; causa; objeto; procedimiento; motivación; finalidad.

Naturalmente el acto de adjudicación, discrecional o no, deberá contener todos estos elementos de la manera querida por el derecho (regularidad), lo que siempre será susceptible de contralor judicial, pues aun cuando se califique a un acto como discrecional, el Juez estará facultado para verificar y controlar la existencia de esos elementos en el acto, como así también la conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico (30 bis).

Es que, como fue dicho más arriba, si el procedimiento de selección está impuesto por la ley también en garantía de los derechos de los administrados, la adjudicación o elección del contratista estatal como consecuencia de ese procedimiento de selección, no puede resultar indiferente para el derecho. Esto es muy sencillo, de nada valdría que el legislador hubiese impuesto la obligación de tramitar la selección de ofertas, si, a la vez, le hubiese otorgado la potestad de contratar con quien, de entre los participantes, la Administración quiera y no con quien deba. Esto sería suponer que el legislador ha consagrado una actividad dispendiosa, meramente formal, con el único objetivo de gastar tiempo y dinero.

No es así, y si no es así, es porque el oferente tiene un derecho a que se adjudique a la oferta más conveniente, objetivamente más conveniente, derecho que puede hacer valer como pretensión procesal (tanto en sede administrativa como judicial) si ese administrado considera que la suya es la oferta más conveniente.

Entonces, si bien no hay derecho a la adjudicación (en abstracto) pues la Administración podría válidamente desistir de su propósito de contratar, una vez que la Administración adjudica, actuando la potencia conferida por la norma, ese acto ya no es discrecional, pues debe adjudicar a la oferta más conveniente, y si este es un deber es porque existe un derecho correlativo, tema que se analizará en el párrafo siguiente.

Esta es la interpretación que cabe realizar del artículo 18 de la ley 13.064, que en lo que aquí interesa, establece: "...Esta (la adjudicación) caerá siempre sobre la (oferta) más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación. La presentación de propuestas no da derecho alguno a los proponentes para la aceptación de aquellas".

Es que la norma tiene una construcción subvertida. Primero debe leerse que las ofertas deben ser conformes con las condiciones establecidas para la licitación, lo que genera el instituto de la legitimación para ofertar (infra, Cap. X); luego tendría que estar ubicado el último párrafo de la norma, pues la presentación de ofertas, aún por los legitimados para ello, no da derecho a que la Administración adjudique, es decir, a que lleve el procedimiento de selección hasta su acto final específico; por

último, la frase que aquí se ubicó como primera: la adjudicación caerá siempre sobre la oferta más conveniente, pues la administración no puede adjudicar a quien ella quiera, sino al mejor, a quien tenga derecho a ello, lo que la convierte en una actividad reglada.

Pero, ¿la apreciación acerca de cuál es la oferta más conveniente no es una actividad discrecional?

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, se impone la respuesta negativa. La discrecionalidad, en cuanto a la posibilidad de contratar o no, existió hasta el momento en que la Administración decidió la adjudicación, de manera que puede decirse que la adjudicación en si misma es discrecional, pero no su contenido.

Si bien desde un punto de vista semántica lo conveniente es aquello que es provechoso o útil para alguien, en el campo del Derecho Administrativo, la conveniencia no puede alejarse de la idea de ajuste, base de toda relación jurídica. Así, el acto conveniente es aquel que muestra una relación de ajuste con el derecho objetivo y con los derechos de los administrados, nacidos de la relación de justicia distributiva.

Para un sujeto del derecho privado, la conveniencia de establecer una relación contractual con otro sujeto de derecho, es una cuestión sometida a su exclusiva valoración, salvo casos de excepción, y que no supone la existencia de ninguna obligación exigible por nadie.

Pero en el Derecho Público la situación es diferente. Existe en el administrado -según lo que se vio en párrafos anteriores- un verdadero derecho a contratar siempre que su oferta, ajustada a las condiciones de licitación (lo que supone que la Administración convocó a la presentación de ofertas y mantuvo subsistente el trámite de la selección) resulte la más conveniente. Pero, entonces, si hay un derecho a ser considerado la oferta más conveniente, este juicio de valor no puede quedar referido al exclusivo criterio de la Administración. Por el contrario la conveniencia de la oferta será un dato objetivo, susceptible de ser descubierto por cualquier operador jurídico.

El término "conveniente", utilizado, por ejemplo, por el artículo 18 de la 13,064 es así un concepto jurídico indeterminado, por cuanto en si mismo no precisa o determina el supuesto de hecho para la aplicación de la norma, pero está indicado claramente el resultado justo que la norma propone y que el intérprete debe advertir frente a la pretensión hecha valer en cada caso concreto (31),

A partir de esta posición será admisible la revisión judicial del acto de adjudicación, además del propio control administrativo, lo que quedará sujeto, en definitiva, a una cuestión de producción y valoración de la prueba necesaria para acreditar los hechos que fundamenten la pretensión,

72.- DERECHO SUBJETIVO E INTERES LEGITIMO

Lo expuesto en el párrafo anterior debe tener su necesaria complementación con una correcta consideración acerca de la situación jurídica del administrado que participa, o está en condiciones de participar, en un procedimiento de selección del contratista estatal. En este sentido, es una opinión doctrinaria generalizada considerar al oferente como mero titular de un interés legítimo, adquiriendo un derecho

subjetivo solo a posterior de la adjudicación. Esta clasificación -derecho subjetivo e interés legítimo (32)- tiene una gravísima trascendencia jurídica, particularmente en el caso del procedimiento de selección del contratista estatal, pues en definitiva determina el contenido, vías procesales y efectos, de los medios de protección jurídica que puede utilizar el agraviado por decisiones tomadas por la Administración en el curso, o también con anterioridad y posterioridad, de un determinado procedimiento de selección.

En la obra mencionada en la nota 32, se hizo una decidida crítica á la clasificación antes citada, proponiendo el autor el abandono de tal distinción -no así con relación al interés simple, que es una categoría cuya subsistencia es útil para el Derecho Administrativo- para analizar, en cada caso, cuál es la situación jurídica del administrado frente a la Administración, y a partir de allí determinar qué pretensión puede hacer valer (de qué cosa es acreedor) en un concreto reclamo o recurso administrativo o acción judicial. Se rechaza, entonces, la utilización de criterios generales y apriorísticos (como son las categorías del derecho subjetivo e interés legítimo) que en la práctica sólo llevan a cometer injusticias, con un resultado de manifiesta desprotección de los derechos del administrado.

Baste considerar sobre ello, las consecuencias que trae aparejada la negativa de toda vía judicial al titular de un interés legítimo o, admitida tal vía, el considerarla sólo como acción de legitimidad (y no de plena jurisdicción) admitiéndose, entonces, sólo la impugnación del acto viciado, pero desestimando cualquier pretensión indemnizatoria.

Es que a poco que se analice la cuestión, en especial desde una perspectiva práctica y recordando que es obligación del intérprete descubrir el sentido de justicia insito en la norma jurídica, se comprobará que la mentada distinción lleva a consecuencias de suma injusticia autorizando, de hecho, el más pleno reinado de la arbitrariedad administrativa. Es necesario volver a insistir aquí que el instituto del procedimiento de selección del contratista estatal no sólo ha sido establecido en beneficio de la Administración Pública, sino también en beneficio de los administrados que desean ser contratistas del Estado. Así entonces, cuando la Administración convoca (o debe convocar, como se verá más adelante) a un procedimiento de selección determinado, se abre para el administrado una expectativa, ejercitable como pretensión jurídica, de resultar adjudicatario en el supuesto de constituir su propuesta la "oferta más conveniente", es decir, la "mejor oferta" de entre todas las que compitieron, o también, la oferta ajustada estrictamente a las condiciones de pliego y a las exigencias del "precio justo objetivo", lo que también debe ser valorado en el supuesto de ser la única postulante.

En tales condiciones puede afirmarse que el administrado es titular, utilizando la expresión en un sentido genérico, de un derecho, exigible a través de una pretensión jurídica, positiva o negativa, que puede ejercitarse mediante un reclamo o recurso administrativo o una acción (eventualmente un recurso) judicial.

Esta vinculación del concepto técnico-jurídico "derecho" con la potencialidad de exigir de otro una determinada conducta, se encuentra receptada en las legislaciones más modernas reguladoras del procedimiento administrativo. Así la ley

pertinente de la Provincia de Chuhut número 2234 (del 27 de octubre de 1983) establece en su artículo 114: "Derechos subjetivos públicos. Las situaciones jurídicas subjetivas que titularizan los administrados se denominan derechos subjetivos 'públicos'"

"Entiéndese por derecho subjetivo público la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad"; mientras el artículo 176 confiere legitimación para impugnar "la voluntad administrativa" (artículo 174) a quien alegue un derecho subjetivo público, en los términos del transcripto artículo 114, tanto por razones de legitimidad como de oportunidad.

Se percibe claramente como el legislador, de manera muy atinada, ha englobado en una sola categoría jurídica a las nociones de "derecho subjetivo" e "interés legítimo", de tan confusa distinción.

Más adelante se estudiarán las situaciones concretas en que tal derecho pueda resultar lesionado, analizando la índole del mismo y, en particular, el contenido de la pretensión que puede hacerse valer en cada caso, resaltando las correspondientes condiciones o requisitos de legitimación. Por el momento, bastará con simplemente enumerar los principales de esos derechos, lo que permitirá una aproximación a la real dimensión e importancia del problema:

- derecho a que la Administración (que ya tomó la discrecional decisión de celebrar un contrato para un objeto determinado) convoque al procedimiento de selección exigido por la ley,
- derecho a la participación en el procedimiento de selección,
- derecho al respeto de las normas procesales.
- derecho al respeto de los principios fundamentales del procedimiento de selección.
- derecho a que la Administración concluya el procedimiento con el acto de adjudicación. salvo que por razones de legalidad u oportunidad, debidamente motivadas y que no oculten desviación de poder. decida dar por terminado el procedimiento sin adjudicación alguna,
- derecho a resultar adjudicatario por haber presentado la mejor oferta,
- derecho al mantenimiento, activo o pasivo, de la relación de comparación que la Administración debió considerar y explicitar, como fundamento de la adjudicación.

La enumeración precedente tiene sólo un carácter conceptual, es decir, no supone establecer un criterio apriorístico y subjetivista que presuponga la existencia de "derechos" invocables como una suerte de emanación natural de la persona del administrado y con un contenido independiente de la concreta relación jurídica en cada caso en particular. Por el contrario, sólo pretende dar un ejemplo conceptual de las distintas situaciones a las que puede enfrentarse un administrado que pretenda ser contratista de la Administración Pública, pero la pretensión que hará valer, y su eficacia, dependerá del caso concreto.

Lo importante es reiterar que en estas páginas se rechaza de un modo absoluto

y terminante la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo (con fundamentos que ya han sido desarrollados en otra oportunidad) propugnándose la consideración particularizada de la pretensión que el administrado pueda procesalmente hacer valer en cada caso, sin que exista aquí ningún motivo para innovar, en perjuicio del administrado, con relación a las garantías de ejercicio procesal de los "derechos" que la ley le acuerda a los sujetos de relaciones jurídicas correspondientes a cualquiera de las ramas del Derecho (32 bis).

Es interesante, sobre el punto en estudio, analizar la evolución que está sufriendo el derecho norteamericano, la que permite obtener importantes enseñanzas al respecta.

Tradicionalmente, en el derecho del citado país, se consideró que el procedimiento de selección del contratista estatal era insusceptible de generar en los concurrentes una situación jurídica subjetiva tutelable ante los tribunales del common law (32 A), ya que, según esta antigua tesis, se consideraba que el procedimiento de selección del contratista, aun cuando emanado de la exigencia fundamental de la free and fair competition, era establecido en exclusivo interés público y, por ende, no generaba situaciones jurídicas en favor del prospective contractor. Esta razón, además de la inexistencia de una efectiva relación contractual entre Estado y oferente, le quitaba a este último toda legitimación procesal (standing to sue) para accionar a causa, se dijo, de la falta de derecho en el cual fundar la pretensión.

Así, en el caso *O'Brien vs. Carney*, un Tribunal local declaró (32 B).

The next question is whether the low bidder has any right as will entitle him to prevent the contractor from contracting. conceding it was not awarded in accordance with law. There was no contractual relation between the complainant and the contractor because use of his offer had never been accepted. If the complainant can establish any right to the award which this Court can recognize, they take it. I take it. I must spring from some federal Statute. I do not find any Statute which in express terms confer any right upon a low bidder who, bid has been rejected.

La Corte Suprema confirmó este principio en el caso *Perkins vs. Lukens Steel Co.*, del año 1940 (32 C).

Section 3709 of the Revised Statutes requires, for the government's benefit that its contracts be made public, advertising was not enacted for the protection of the seller and contractor, no enforceable right, upon prospective bidder;

Sin embargo, ya en el caso *Heyer Products Co. vs. U.S.*, del año 1959 (32 D) la Corte introdujo una importante modificación en su doctrina.

El citado se trató de un litigio en el que el actor, oferente en un procedimiento de selección para un contrato de suministro, se agraviara de no haber sido beneficiario con la adjudicación a pesar de ser su oferta de un precio más bajo que aquella que en definitiva resultó ganadora, y reclamó la indemnización por los gastos de preparación de oferta y por el lucro cesante derivado del frustrado contrato. La demandada, precisamente, alegó que el oferente carecía de legitimación para demandar y que su demanda debía ser desestimada.

La Corte recordó el principio acerca de que el procedimiento de selección estaba establecido en favor del interés público y no de los oferentes, pero, sin negar la legitimación para accionar, sólo concluyó, en base a la anterior afirmación, que, como no hay contrato hasta que la oferta fuese adjudicada, "an unsuccessful bidder cannot recover the profit he would have made out of the contract, because he had no

contract". Sin embargo, el Tribunal admitió la indemnización por el gasto de preparación de la oferta (luego de dar por demostrado el proceder arbitrario de la Agency), señalando que, a partir del anuncio o llamado para la presentación de ofertas se generaba una suerte de obligación implícita de respetar lo que en nuestro derecho sería el principio del "correcto tratamiento", obligación que pesa sobre la cabeza del licitador público:

"It was an implied condition of the 'equities' of the 'bids' that each of them would be honestly considered, and that the 'highest bidder' would be accepted. No person would have bid at all if he had known that the bids were stacked against him. No bidder would have put up \$7,000 in preparing its bid, as plain fact says it did, if it had known the defendant had already determined to give the contract to the Weidenhot Company. It would not have put in a bid unless it thought it was to be honestly considered. It had a right to think it would be. The defendant's conduct impliedly promised the plaintiff it would be. This is what induced it to spend its money to prepare its bid.

That promise was broken, shamefully broken, if the plaintiff's petition states the facts. If the facts there stated are true, the conclusion seems inescapable that the defendant knew from the beginning they were going to give Weidenhot the contract. The advertisement for bids was a sham, done only to appear to comply with the law. In fact, the defendant, apparently dishonestly, with the help of legal counsel, had already decided to give the contract to the plaintiff and to allow the defendant to bid. They induced them to spend their money to prepare their bids on the false representation that their bids would be honestly considered.

This implied contract, has been broken, and the plaintiff may maintain an action for damages for its breach"

Como se ve, aún sin sentar un claro concepto general, la Corte admitió dos principios importantes: a) la licitación genera también derechos en favor del administrado oferente. lo que disminuye la trascendencia de la anterior afirmación de que era sólo establecida por razones de interés público o en beneficio de la Administración Pública; b) este derecho da base para accionar en sede judicial, incluso por la reparación de los daños y perjuicios derivados del "rompimiento de aquel contrato implícito".

La legitimación sustancial para accionar fue expresamente admitida en el caso *Scanwell Laboratories Inc vs. J. H. Shaffer* (32 E), ya que, aún en el caso de un simple oferente agraviado por la no adjudicación de su oferta, no hay razón para negarle el acceso a la justicia para la revisión de las decisiones del poder público. También se admitió, en ese caso, que el Tribunal puede emitir un "injunction" excluyendo la adjudicación, en determinadas circunstancias (32 E').

Siguiendo con esta evolución jurisprudencial, -en el año 1971 la corte de apelaciones del Distrito de Columbia, en el caso *The Wheelabrator Corp. vs. John H. Chafee* (32 F) estableció una doctrina que en definitiva confirma, trasladándola a nuestro derecho, la tesis sostenida en los párrafos anteriores en cuanto a la no distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo y la necesidad de valorar, en cada caso concreto, la procedencia o improcedencia del derecho hecho valer en la pretensión procesal (se trate de recurso administrativo o acción judicial) sin necesidad de elaborar complicadas doctrinas apriorísticas. Según la transcripción que hace de ese fallo PUGLIESE, el Tribunal señaló que el standing to sue existe donde existe un interés sustancial lesionado, o, en otros términos, el interés procesal es un mero reflejo de un interés sustancial y, por lo tanto, cada pronunciamiento acerca del primero debe ser efectuado después de haber analizado el mérito de la causa (32 G).

Como se ve, con un sentido más práctico y con mejor criterio de justicia, el derecho norteamericano desconoce la distinción prejudicial "derecho subjetivo-interés legítimo", centrando la discusión en el análisis de cada caso concreto para verificar la existencia de la legitimación o "standing" (32 H) en el particular recurrente. En este sentido ya se analizó más arriba la evolución jurisprudencial desde el criterio restrictivo en el caso Perkins, hasta la amplitud de concepción en las más recientes decisiones.

Pero esta evolución no se detiene. Así, si bien los casos "Data Processing" y "BARLOW" (32 I) son considerados como un importante avance en la materia, no todos son conformes en la suficiencia de sus conclusiones.

Estos dos fallos rechazaron expresamente la restrictiva doctrina del "interés legalmente reconocido", como requisito indispensable para la legitimación, sustituyéndola por otros dos supuestos: el daño de hecho, tanto económico como de otra especie, y que el interés que busca ser protegido por la acción se encuentre alegadamente dentro de la zona de intereses protegidos o regulados por una norma o una garantía constitucional. Pero, a la vez, se ha considerado restrictivo a este último requisito, por excluir supuestos que no se encuentran comprendidos en dicha "zona de interés", aún cuando merecerían protección jurisdiccional de acuerdo a los criterios tradicionales del common-law, según el cual cualquiera que es dañado de hecho se encuentra legitimado para accionar contra tal situación (32 J). Es de advertir que este principio había sido señalado por el Administrative Law Treatise de 1958 para el cual todo aquel que sea adversa mente afectado por una acción gubernamental debería encontrarse legitimado para accionar contra tal conducta (32 K), frente al cual el requisito de la "zona de intereses", ("the zone test", como es llamado) es francamente regresivo.

De ahí que DA VIS, al analizar otros casos posteriores al precedente "Data", afirme que estos indican la "proposición básica que los tribunales protegen intereses de acuerdo con las necesidades de justicia, sin importar que las normas provean para aquella protección" (32 L). En base a ello propone el siguiente principio: "Toda persona cuyo interés es dañado de hecho o inminentemente amenazado de daño por una acción gubernamental, debería estar legitimada para accionar contra tal conducta salvo que una disposición legislativa establezca que tal interés no debe ser protegido (o no es susceptible de protección)" (32 LL). De esta manera el "zone test" se invierte: no hay legitimación sólo cuando una norma expresamente lo dispone por excluir de su zona de protección al interés alegada mente agraviado en cuestión.

En lo que aquí importa, se consideró suficiente la existencia del "injury *in fact*" para admitir la legitimación del oferente que no resultó adjudicatario "porque dicha persona había sufrido un daño", aún cuando según el "zone test" a dicha persona se la hubiese considerado, seguramente, falta de legitimación (32 M).

La importancia de estos antecedentes del derecho norteamericano se destaca por sí misma frente al marco doctrinal que ofrecen nuestros autores al seguir, en el punto, a las construcciones elaboradas por la doctrina europea, sin considerar -como muy acertadamente lo destaca MAIRAL en el trabajo citado en la nota 32 bis- que el derecho continental europeo parte, en esta cuestión, de supuestos

institucionales muy diferentes del nuestro. Es decir que tal distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo puede encontrar sentido, en todo caso, en sistemas de doble jurisdicción donde los tribunales administrativos coexisten con los tribunales judiciales. En cambio, en los E.E.U.U. donde existe una Constitución de similar estructura que la nuestra, y donde se ha establecido, como en nuestro caso, un sistema de jurisdicción única, se desconoce la distinción apuntada porque en la práctica, precisamente por ese hecho, resultaría limitativa del acceso a la debida protección judicial.

73.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCION

El procedimiento de selección del contratista estatal, si bien inmerso dentro de esa estructura procesal que es el contrato administrativo (supra, Cap. IV, parág. 23), no es más que un procedimiento especial, de los mencionados en el artículo 2 de la L.P.A., y por lo tanto regido por los principios establecidos en el artículo I del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, la particularidad propia de este procedimiento ha hecho que la doctrina (33) pusiera de manifiesto la existencia de principios específicos de gran utilidad para la interpretación de este instituto jurídico.

Precisamente sobre la base de estos principios se estructura toda la regulación del procedimiento de selección. tanto es así que la falta de observancia de los mismos contradice a los fines del procedimiento, desvirtuándolo jurídicamente (34).

La importancia capital de estos principios resulta de su inferencia del mismo sentido y finalidad del propio sistema de la selección, considerada como un procedimiento, es decir, un todo coherente formado por una sucesión de etapas coherentes y orientadas a la obtención de un acto final común. Pero tal coherencia sería imposible de lograr sino existiese un criterio ordenador, el que otorga, en la medida que sea respetado, la coherencia y armonía de todas las etapas entre sí. De ahí que la falta de respeto de estos principios tornaría al procedimiento en contradictorio en sí mismo, atentando contra su esencia y por ello generando su nulidad absoluta e insanable. Esta es también la razón de otro importante aspecto del tema analizado: estos principios fundamentales son un criterio para juzgar la validez del procedimiento y también la gran fuente de interpretación de sus normas y de la solución de los conflictos que en su seno pueden plantearse.

Estos principios son tres: concurrencia; correcto tratamiento; carácter público del proceso (35); y su efectiva vigencia será analizada al desarrollar la tramitación de las distintas etapas que estructuran el procedimiento de selección:

a) La concurrencia está en la base del procedimiento de selección, y sin ella, éste no tiene razón de ser. Existe en todos los tipos de procedimiento en los que se permita la participación de distintos proponentes, pero también en la contratación directa, no sólo porque nada impide a la Administración, aún en ese caso, cotejar entre dos o más cotizaciones, sino porque el principio de la concurrencia se encuentra como presupuesto de validez de la misma decisión de contratar mediante

el procedimiento de contratación directa, tal es el caso, por ejemplo, de la necesidad de acreditar la inexistencia de "sustituto equivalente".

La especial importancia de este principio se destaca en la elaboración de los pliegos, que no deben contener condiciones que restrinjan irrazonablemente (desde el punto de vista técnico, jurídico y económico) la concurrencia de oferentes. También con respecto a la interpretación de ciertos rigorismos formales, que deben ser siempre interpretados en favor de la posibilidad de su saneamiento, en especial en lo que hace a la admisión formal de las ofertas.

En definitiva, como se dijo antes, no podría existir un verdadero procedimiento de selección sino se respetase la efectiva vigencia del principio de la concurrencia. Esto es así tanto desde la perspectiva de la Administración como desde la de los administrados. Aquella tiene especial interés de que, en el estricto marco de las exigencias establecidas por la ley y los pliegos, se presenten una gran cantidad de oferentes, con lo cual las posibilidades de una buena elección aumentarán notablemente, forzando a una mayor competencia entre todos los postulantes, con la consiguiente mejora de las condiciones de contratación en favor de la Administración. Pero también el principio de la concurrencia beneficia a los administrados, ya que les asegura el acceso al procedimiento de selección. con la remoción de los obstáculos que no resulten de la propia naturaleza de tal procedimiento, y les garantiza también la permanencia en el mismo. Se nota así cómo el procedimiento de selección se encuentra establecido tanto en beneficio de la Administración como de los administrados.

b) el correcto tratamiento es una aplicación al caso del principio de la igualdad comparativa o proporcional que rige para todo el Derecho Administrativo como resultado de su fundamentación en las exigencias de la justicia distributiva. Este principio -el correcto tratamiento- impone a la Administración el observar una conducta imparcial frente a todos los oferentes, evitando, tanto en la redacción de los pliegos, como en la misma elección del tipo del procedimiento a seguir y luego durante toda la tramitación del procedimiento, establecer beneficios en favor de uno de los concurrentes sin que los mismos beneficios estén en condiciones de ser alcanzados por los restantes oferentes. Aquí se destaca con claridad cómo, en el Derecho Administrativo, el beneficio en favor de un administrado siempre es un perjuicio para los restantes, en especial los que se encuentran en una situación comparativamente equivalente con el beneficiado, y ello por el doble juego de relaciones que se da en una comunidad: el todo hacia las partes y viceversa, y las partes entre si, pero con relacionan todo. Lógicamente que tales beneficios resultarán admisibles cuando una norma regule el procedimiento para el otorgamiento de los mismos, asegurando la igualdad de oportunidades para todos los aspirantes a obtenerlo. Esto es lo que, en el caso, quiere resguardar el principio del correcto tratamiento.

Mientras que el principio de la concurrencia asegura el acceso y la permanencia de los administrados en el procedimiento, el principio del correcto tratamiento garantiza que la selección se realizará sobre bases igualitarias, sin que el juicio di, la Administración en el momento de adjudicar, se vea turbado por las mejores

condiciones de una oferta, obtenidas gracias a las desiguales oportunidades y ventajas que se le otorgaron durante la tramitación.

Lo expuesto en el párrafo anterior es de gran importancia, en atención a la existencia de un generalizado falso concepto de la defensa del interés público por parte de quienes asumen, en los distintos sectores de la Administración, la responsabilidad de decidir acerca de la adjudicación. Se considera, en ciertas ocasiones, que la obtención de una oferta más conveniente para la Administración justifica, incluso pasar por alto defectos de esa oferta (que no han podido ser saneados), otorgarle oportunidades de mejorar (siempre en beneficio de la Administración) ciertas condiciones de su propuesta, etcétera, todo ello en aras de adjudicar a la oferta más barata o, a veces, contratar con el oferente que reúne mejores condiciones técnicas para realizar la obra licitada. Claro que si esto es así, ¿cómo se justifica el gasto de tiempo, dinero y esfuerzo que significa un procedimiento de selección, en especial si se trata de una licitación pública?

El error proviene de una confusión acerca de los fines de la Administración Pública, o al menos, acerca de su gradación jerárquica. Es cierto que es beneficioso para el interés público la obtención de un contrato bueno y barato. Pero por sobre ese beneficio, como por sobre todas las cosas, se encuentra el principal cometido de la Administración Pública, que es la realización y resguardo del orden jurídico, lo que no puede ocurrir si la Administración, con justificaciones circunstanciales, comienza por violarlo. Esto es lo que se llama la "Administración de Legalidad", es decir, la Administración sometida al orden jurídico, cuyo efectivo imperio es su principal responsabilidad.

Lo expuesto más arriba ha sido expresamente regulado en nuestra legislación, incorporándolo dentro del concepto de la **finalidad** como elemento esencial del acto administrativo (artículo 7, inciso 1), ley 19.549) y por lo tanto de la adjudicación, que no es otra cosa que un acto administrativo. Esta disposición legal establece que el acto administrativo "habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor (lo que significa que el fin de la actuación que autoriza la competencia otorgada al órgano es un fin que resulta de la norma, y no del criterio del agente) sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto..." (36). Nótese que el acto no podría perseguir otra finalidad que la establecida en la norma, inclusive si esa otra finalidad fuese pública (es decir, no por un interés personal del agente) e incluso aparentemente beneficiosa para el interés público, ya que se reitera, la jerarquía de fines la establece la norma y no el criterio subjetivo del agente. En el caso es obvio que la norma está prefiriendo el respeto del orden jurídico objetivo (el respeto por las "reglas de juego" establecidas) a la obtención de economías en un determinado contrato.

El principio del correcto tratamiento también tiene gran importancia en lo que respecta a las relaciones de los oferentes entre sí, que no deben olvidar que aunque, sus intereses son contradictorios (pues la consideración de una como la mejor oferta, supone la exclusión de la otra) no son contendientes en un proceso contencioso, sino participantes de una selección convocada por la Administración, dentro

de la cual deben exhibir sus cualidades para que la Administración decida guiada por las exigencias de la igualdad comparativa. Esto no significa excluir la posibilidad de que cada oferente, en su propio interés, es cierto, pero en definitiva colaborando con la Administración, destaque los defectos de las restantes ofertas, y en especial, las virtudes de la suya, luego de compararla con lo restantes. De esta manera no hace más que ayudar a la actividad de comparación que tendrá que desarrollar el órgano encargado de la adjudicación, y por ello no deben ser restringidas, dentro de la tramitación del procedimiento de selección, las oportunidades de presentación de notas conteniendo estudios de distinta naturaleza. con el único requisito que no importen, explícita o implícitamente, una mejora de oferta no autorizada según las regulaciones de los pliegos. Lo expuesto no es más que la aplicación del principio del debido proceso adjetivo al procedimiento de selección, en especial del derecho a ser oído, consagrado por el artículo 1, inciso f) de la L.P.A.

Además, y sin perjuicio del carácter no contencioso del procedimiento, nada impide que el oferente que se considere agraviado en sus derechos plantee los recursos y acciones que considere pertinentes, los que se podrán abrir a prueba (lo que es inadmisibles en el seno del procedimiento de selección en si mismo, ya que por su carácter no contencioso no tolera la posibilidad de la existencia de hechos controvertidos) y admitirán la participación, ahora si contenciosa, del o los oferentes, en carácter de terceros intervinientes.

Este principio del correcto tratamiento trasciende el ámbito de la etapa selectiva del contratista para trasladarse a los posteriores momentos de celebración y ejecución del contrato, obligando a que, en estas ulteriores etapas no se establezcan modificaciones a las condiciones contractuales (definidas en los pliegos licitatorios, la oferta del contratista, el *acto* de adjudicación y el texto mismo del contrato) "que implique, beneficios al margen de las condiciones generales de la licitación, al que resulta adjudicatario" (37).

Por supuesto que considerar si una determinada modificación al contrato, en una actuación posterior a la adjudicación, resulta violatoria al principio "correcto tratamiento", dependerá de las circunstancias del caso, y

siempre en función de la regla de la igualdad comparativa. Así lo ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación: "es dable admitir que el tratamiento especial que se puede conceder a un adjudicatario, ante nuevas circunstancias ocurridas tiempo después de producida la adjudicación, habría de ser el mismo que se hubiera otorgado a otro oferente -de haber resultado cocontratante de la Administración- en similar situación", lo que no ocurre cuando, en el caso, aceptar la modificación de las condiciones licitatorias, importa admitir "que quien se supone fue beneficiario de la adjudicación por su mejor propuesta pueda luego liberarse de su compromiso mediante prestaciones que podrán ser inferiores a las que ofrecieron los que fueron desplazados por el mejor proponente o, incluso, a las que hubieran efectuado quienes no se presentaron a la licitación por entender impracticables a su respecto las bases requeridas" (38).

Esta doctrina de la Procuración del *Tesoro*, supone, de por sí la base para una modificación sustancial de la hasta ahora habitual consideración del derecho

subjetivo e interés legítimo, y de la legitimidad para recurrir administrativamente y/o accionar judicialmente, ampliándose así los casos de identificación de relaciones ius-administrativas, en razón del mecanismo propio de la justicia distributiva.

c) el carácter público del procedimiento es también una consecuencia de la aplicación al caso de los principios generales del procedimiento administrativo. tal es el caso del principio de la publicidad.

La publicidad se refiere a todo el procedimiento, y no sólo al llamado o convocatoria a presentar ofertas. Resulta obvio que el carácter público del procedimiento es un presupuesto de la efectiva vigencia de los otros dos principios, y de toda actuación que el oferente quiera realizar en resguardo de su derecho. ya que si no se informa acerca del contenido de las distintas tramitaciones cumplidas, difícilmente puede actuar con eficacia en ese mismo procedimiento.

La vista de las actuaciones podrá ser solicitada en cualquier estado de la tramitación, sobre cualquier pieza del expediente y ante cualquier órgano en que se encuentre tramitando (artículo 38 del decreto 1759/72). Podrá ser requerida de forma verbal o escrita. y. luego de tomada la vista, el oferente podrá presentar ante la Administración todas las consideraciones que estime oportunas. conforme lo que comprobó del conocimiento del expediente (principio del correcto tratamiento).

La solicitud de vista podrá ser presentada aún antes de la apertura de las ofertas. con relación a los antecedentes del llamado a la presentación de ofertas. donde el futuro oferente podrá encontrar datos de especial interés para la preparación de su propuesta o para la defensa de algún agravio a sus derechos (verbigracia de los estudios previos a la elaboración de los pliegos se descubre la inclusión de una indebida restricción para el contenido de las propuestas). Para solicitar vista, antes de la apertura de las ofertas, no habrá que acreditar ningún requisito (distinto es el caso para la presentación de recursos. ver infra. Cap. IX) pues ello está abierto a cualquier administrado. Obviamente no se podrá tomar vista del contenido de las propuestas con anterioridad a la apertura de los sobres. pues ello lo impide la naturaleza misma del procedimiento y el principio del correcto tratamiento.

La Administración no podrá negar, en ningún caso, el otorgamiento de la vista solicitada, salvo que previamente haya declarado a unas determinadas actuaciones dentro del expediente como reservadas o secretas, cumpliendo para ello con los requisitos establecidos en el artículo 2, inciso c) de la L.P.A.: decisión por autoridad competente que (aunque ello ahora no esté expresamente establecido) deberá ser notificada a los interesados. que serán los oferentes o aquellos que han adquirido los pliegos, según el caso.

Nota: La segunda parte de este trabajo se publicará en el próximo número