

LA REVOCACIÓN DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA

PABLO A. GUTIÉRREZ COLANTUONO*

PALABRAS PRELIMINARES

Previo a adentrarnos al tema cuyo desarrollo me ha sido generosamente asignado, quiero agradecer a la Universidad Austral por la invitación cursada para poder participar en las presentes jornadas. En especial agradecer a la Profesora Miriam Ivanega quien además de brindar su amistad constante, es una persona destacable por su alto compromiso humano y académico para con la construcción de espacios que nos permiten reflexionar sobre las diversas problemáticas de nuestra disciplina.

Sin duda adherir a todo lo que se ha expresado respecto del profesor Julio Rodolfo Comadira y reiterar mis conceptos vertidos en las Jornadas de San Juan, oportunidad en que destacáramos, entre muchas virtudes, la de su calidad de docente con mayúsculas. Creo que los docentes y nuestras Universidades del interior del país le debemos un eterno agradecimiento por su obra científica. Él miraba desde Buenos Aires a todo nuestro país siempre dispuesto a recorrer sus diversos rincones con la única finalidad de formar a futuros formadores locales en el área del Derecho Administrativo.

* Abogado, egresado de la Universidad de Belgrano, especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Actualmente se encuentra cursando el tercer ciclo de doctorado en la Universidad San Pablo CEU, Madrid, España.

En el ámbito académico es Director en la Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional del Comahue. Profesor en posgrado y maestrías en derecho administrativo en diversas universidades de la Argentina. Profesor adjunto regular de la Universidad Nacional del Comahue en las cátedras de Derecho Administrativo y Práctica Profesional III.

Es Vocal de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo en representación de la provincia de Neuquén, período 2004-2008. Designado Secretario del Foro de Profesores de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

Coordinador de la obra colectiva *El Control Judicial de la Actividad administrativa* en Neuquén.

Lamentablemente, también, recordar a un gran amigo, el Profesor Jorge Luis Salomoni. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, y quien junto a Julio Rodolfo Comadira, fuera uno de los grandes impulsores de las diversas actividades académicas de nuestro país.

Por último mencionar al Dr. Hugo Eduardo Frare, expositor el año pasado en las presentes jornadas y Director de la carrera de posgrado Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional del Comahue.

I. INTRODUCCIÓN. LA FINALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS NUEVOS ALCANCES

La temática vinculada con la contratación pública ha sido objeto de arduos debates a lo largo de la evolución doctrinal, jurisprudencial y normativa de nuestro país.

Ampliamente discutidas han sido las fuentes históricas de los diferentes regímenes, la utilidad misma de la figura del contrato administrativo, los alcances del régimen exorbitante que del mismo se han postulado tradicionalmente, entre otros elementos que han suscitado opiniones encontradas¹.

Sin embargo, no es mi intención en estas breves reflexiones ingresar en una descripción exhaustiva sobre las diferentes temáticas que –sobre la revocación del llamado a licitación– han encarado con solvencia en otras ediciones de estas jornadas autores como Julio Comadira² o Laura Monti³, sino tan solo analizar algunos interrogantes que el estado actual de nuestro ordenamiento plantea en el ámbito del derecho administrativo, y, especialmente en el área temática objeto del presente ensayo.

Tal como ha puesto de resalto la Corte Suprema de Justicia de la Nación “la licitación pública se caracteriza como el procedimiento mediante el cual el ente pú-

¹ Ver, en tal sentido, la llamada polémica “Mairal – Cassagne” en Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *ED* del 18-09-1998; Cassagne, Juan C., “Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo”, *ED*, Suplemento Derecho Administrativo del 23-11-1998, “La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)”, *ED* del 23-03-1999; Barra, Rodolfo C., “La sustantividad del contrato administrativo”, *ED* del 23-04-1999; Bianchi, Alberto, “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)”, *ED* del 28-10-1999. Para una clara reseña sobre el tópico ver Farrando, Ismael (Director), *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002. Mairal, Héctor, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas” en Gordillo, Agustín (Director), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004. Ver también Cassagne, Juan C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

² Comadira, Julio R., “Algunos aspectos de la licitación pública” en AA VV, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 319.

³ Monti, Laura, “Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia”, en AA VV, *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 346.

blico invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones de cada obra, formulen propuestas, entre las cuales será seleccionada la más conveniente”⁴.

Ese procedimiento se presenta como una técnica tendiente a asegurar que el Estado obtenga con la colaboración de los particulares las condiciones más convenientes para lograr sus fines.

En tal orden de ideas, resulta central tener presente que la técnica de la contratación administrativa se inserta como un típico modo de ejercicio de la función administrativa estatal, definida como la “actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran”⁵.

Lo anterior predetermina las condiciones en que deben implementarse los procedimientos de contratación, teniendo siempre en miras la dinámica del obrar administrativo y los rasgos de permanencia, concreción y practicidad que engloban el carácter eminentemente cambiante de las necesidades públicas.

Sobre esos pilares la técnica de contratación administrativa configura un régimen particular que posee contornos precisos a los que deben sujetarse el Estado y los particulares, encontrándose atravesado el mismo por el interés público en juego como elemento esencial.

Dicha categoría –interés público o común– es aprehendida por el derecho como uno de sus ejes fundamentales, ya que como se sostuviera en la doctrina nacional y extranjera el concepto de interés público “es un elemento esencial del ordenamiento jurídico. La satisfacción del interés público constituye uno de los fines del Estado [...]”⁶.

Como ha expresado García de Enterría “lo público, lo general, lo común es un concepto ampliamente indeterminado de muy amplio espectro, sobre cuya extensión concreta caben incluso polémicas políticas o interpretativas, pero que puede funcionar y funciona para excluir ciertas actuaciones y para incluir otras, como un canon delimitador, pero que se hace bastante preciso en cuanto es cuestionado en un caso concreto”⁷.

Sobre esas bases, los contratos administrativos han quedado definidos como “una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su

⁴ CSJN, “Radeljak” del 29-12-1988, *Fallos*: 311: 2831.

⁵ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988, p. 36.

⁶ Sainz Moreno, Fernando, “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, *REDA* N° 08, 1976.

⁷ García De Enterría, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA* N° 89, 1996, p.69.

objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado”⁸.

Por ello es que resulta un elemento inherente a la figura misma del contrato administrativo, el que su objeto se encuentre constituido por un fin público o propio de la Administración, lo cual conlleva: “el procedimiento que regla la manifestación de la voluntad contractual administrativa, es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado”⁹.

Creemos conveniente destacar y valorar los alcances actuales del concepto de contrato administrativo dado por la Corte Federal en “Cinplast” –adoptando el criterio del Ministro Fayt en “Dulcamara” y ratificado recientemente en “P., R. A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”¹⁰– en lo atinente a la finalidad pública del acuerdo como un elemento definitorio de su concepto y alcances, verificando las proyecciones que tal visión produce frente al acto administrativo que dispone el llamado a licitación o bien ordena la revocación del mismo.

Tal finalidad pública, al igual que en los restantes institutos del derecho administrativo, encuentra un nuevo elemento de ponderación a partir de 1994 del cual debemos dar cuenta, pues no podemos dejar de advertir y de incorporar a esta altura que la reforma de la Constitución Nacional de ese año marcó un hito mayúsculo al menos en materia de derechos.

Anticipamos desde ya que no se trata de postular cambios donde no los hay, sino de incorporar en la discusión los nuevos parámetros interpretativos vigentes en la materia.

Así, y remarcando afirmaciones efectuadas por la Corte Federal Argentina¹¹, podemos decir que el nuevo contexto constitucional provocó al menos tres consecuencias:

- a) introdujo nuevos derechos o imprimió nuevos contenidos a los ya existentes.
- b) se generaron nuevas obligaciones en cabeza del Estado relativas al respeto, protección y realización de los derechos humanos de toda persona sometida a su jurisdicción.

⁸ CSJN, “Dulcamara S.A.” del 29-03-1990, *Fallos*: 313:376, “Cinplast” del 02-03-1993, *Fallos*: 316:212.

⁹ CSJN, *Fallos* “Dulcamara” y “Cinplast” citados.

¹⁰ Ha sostenido la Corte Federal: “A los fines de calificar la naturaleza del vínculo contractual corresponde seguir la jurisprudencia del Tribunal, según la cual cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público (*Fallos*: 315:158; 316:212; 321:714); en consecuencia, los contratos de esta índole entre un particular y la Administración Pública deben realizarse mediante los mecanismos previstos en las normas pertinentes del derecho administrativo local (*Fallos*: 320:1101). El objeto del contrato celebrado con el Doctor P. estaba enderezado al reconocimiento en favor del ex Territorio Nacional de sus créditos contra el Estado Nacional por diferencias entre lo pagado por regalías petroleras y gasíferas y lo que corresponde al Territorio por aplicación de la Ley N° 17.319 (cláusula 1ª, fs. 4), es decir, a un fin eminentemente público”. (CSJN, “P., R. A. V. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur” del 21-03-2006).

¹¹ CSJN, Acordada N° 17/05 del 02-08-2005.

c) se emplazó a nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos.

Esas derivaciones se han visto ampliamente reforzadas por una marcada permeabilidad de la Corte Federal frente a la normativa del sistema continental de derechos humanos lo cual puede observarse en precedentes tales como “Simón”¹², “Galli”¹³, “Sánchez”¹⁴, “Llerena”¹⁵, “Borelina”¹⁶, “Verbitsky”¹⁷, “Rodríguez Karina”¹⁸, “Astorga”¹⁹, entre tantos otros.

El denominador común de esos pronunciamientos es la preocupación concreta que pesa sobre los órganos integrantes del Estado Nacional sobre el posible nacimiento de responsabilidad internacional por acciones u omisiones que se consideren –en el plano supranacional– violatorias de los tratados a los que nos hemos sometido²⁰.

Es en ese marco, entonces, que debemos intentar abordar la problemática de las prerrogativas de la Administración Pública (con especial referencia a la revocación del llamado a licitación) de cara a la trascendencia que adquiere el nuevo sistema de derechos en el texto constitucional argentino.

Tal sendero se ubica dentro de las sabias expresiones vertidas por Julio Comadira al tiempo de analizar la participación ciudadana en el procedimiento administrativo, quien afirmaba con su habitual solvencia académica: “La defensa de derechos, como principio básico del Estado de Derecho, es la manifestación primaria de la participación ciudadana en la función administrativa; una participación que, por lo demás y precisamente en razón de la axiología inspiradora de ese Estado se debe considerar, siempre, tutelada, porque no se concibe que la defensa de los derechos pueda ser, en un Estado de Derecho, de reconocimiento discrecional para la autoridad administrativa. Así lo impone el Artículo 18 de la Constitución Nacional”²¹.

¹² CSJN, sentencia del 14-06-2005.

¹³ CSJN, sentencia del 05-04-2005.

¹⁴ CSJN, sentencia del 17-05-2005.

¹⁵ CSJN, sentencia del 17-05-2005.

¹⁶ CSJN, sentencia del 30-08-2005.

¹⁷ CSJN, sentencia del 05-05-2005.

¹⁸ CSJN, Sentencia del 07-03-2006.

¹⁹ CSJN, sentencia del 14-10-2004.

²⁰ Como se ha ocupado de remarcar la Corte Interamericana en un criterio que cabe extender a todo tipo de actuación pública, “La expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado” (CIDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 09-12-1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención. Artículos 1º y 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos”).

²¹ Comadira, Julio R., “Procedimiento administrativo y participación ciudadana” (www.eldial.com).

II. LA FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA COMO CAUCE PARA LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Bajo tales premisas, es necesario analizar nuevas reglas hermenéuticas de incidencia directa en la potestad revocatoria de la Administración, verificando las consecuencias que ella arroja sobre el interés privado del oferente afectado por tal decisión.

Aparece allí el interés público, su concepto y alcances, como el indicador necesario tanto del fin que ha de perseguir la Administración, como de la posición que habrá de asumir el interés de los oferentes afectados por dicha decisión.

Es así que el elemento finalidad que exterioriza la presencia de ese interés público adquiere una magnitud definitoria en nuestro ordenamiento actual, proyectando sus consecuencias sobre la potestad revocatoria del llamado a licitación pública.

1º) La determinación del interés público

Se encuentra generalmente admitido que el interés público informa la validez del obrar administrativo y funda la potestad de la Administración de dejar sin efecto la convocatoria al proceso licitatorio. Es sobre la base de tal premisa —más allá de las polémicas suscitadas en torno de la teoría del contrato administrativo²²— que tradicionalmente se ha concebido a la figura misma del contrato administrativo y que se plantea la existencia de una sumatoria de prerrogativas estatales entre las cuales se admite la de revocar el llamado a licitación.

El desafío será entonces verificar el contenido del concepto jurídico indeterminado de “interés público” en la materia contractual; pero partiendo del presupuesto que dicho concepto opera como punto de contacto entre el sistema de derechos y las potestades públicas bajo los alcances interpretativos brindados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tales criterios resultan de particular relevancia a los fines de aproximarnos a los alcances actuales del concepto y constatar, desde allí, cómo ese concepto debe guiar la adopción de las decisiones estatales.

A) La definición supranacional del interés público desde la perspectiva del subsistema americano de derechos humanos

En primer lugar, y recordando las palabras del Juez Lorenzetti en el caso “Simón”, debemos tener presente que las opiniones o criterios brindados por los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos en casos análogos poseen el carácter de fuente de interpretación para el Juez Argentino.

Sobre tal base, tenemos que el concepto de interés público y consecuentemente la finalidad esencial de la Administración Pública ha sido precisado por la Corte

²² Ya referida en la Introducción.

Interamericana de Derechos Humanos, brindando pautas de interpretación de las cuales la Administración debe tomar debida nota²³.

Es así que el interés general o el bien común se nos presentan como conceptos que remiten en su télesis a “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”²⁴.

Podríamos decir que desde la perspectiva del Sistema Americano de Derechos Humanos el bien común que informa la finalidad de la actividad administrativa consiste, en última instancia, en el aseguramiento del goce pleno de los derechos fundamentales reconocidos en el plano internacional.

Finalmente, se debe remarcar al menos como regla interpretativa la imposibilidad de invocar legítimamente la Administración la fórmula “del bien común o interés público” como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.

²³ Tiene dicho la Corte Interamericana que en la lógica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos “reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno –que son el puente entre el sistema internacional y el nacional– a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional” (CIDH, caso “Tibi vs. Ecuador”, del 07-09-2004, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, ap. 6).

²⁴ CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 09-05-1986, “La expresión ‘leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Agrego en tal oportunidad que “Bien común” y “orden público” en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos “requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (Carta de la OEA, Artículo 3º.d); y los derechos del hombre, que “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, § 2; Convención Americana, Preámbulo, párrafo 2). Para finalmente declarar: “es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana [...] No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el Artículo 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (CIDH, La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párrafos 66 y 67)”.

Tal criterio determina el cauce que ha de seguir la Administración al tiempo de considerar oportuna o conveniente la necesidad de llamar a licitación pública; pero también se convierte en un parámetro interpretativo al tiempo de resolver ejercer las potestades revocatorias de dicho procedimiento licitatorio.

Ello, y he aquí lo determinante desde el plano de la praxis, es controlable frente a las decisiones del Estado desde el prisma de la desviación de poder²⁵; al constatarse la persecución por parte de la Administración de un fin distinto al indicado por el interés general²⁶.

²⁵ Interesa resaltar sobre el presente tópico lo precisado en el marco del derecho de integración por el Laudo N° IV, emitido por el Tribunal Arbitral Ad-Hoc designado de conformidad con el Protocolo de Ouro Preto del Mercosur en fecha 21 de mayo de 2001. Allí se sostuvo: “[...] ocurre desviación de poder cuando el agente estatal se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no contemplada por la norma que la instituye. De esto resulta una incongruencia entre la norma y el acto, o sea, el agente se sirve de un acto para satisfacer una finalidad ajena a la naturaleza del acto utilizado (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Sao Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 186). En la desviación de poder, el comportamiento del agente, orientado por un móvil viciado, está en desacuerdo con la finalidad normativa. Son modalidades de la desviación de poder: a) no perseguir el interés público por la violación del principio de impersonalidad: el acto tiene en mira intereses personales, del agente o de terceros; b) perseguir un fin de interés público, pero extraño a la categoría de intereses pertinentes a la competencia; pues el acto se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que deberían ser implementados por otra vía jurídica (Vedel, Georges, *Droit Administratif*, Tercera Edición. París, PUF, 1964, pp. 458 y 462); c) violar un principio de razonabilidad: o porque la medida establecida era prevista, pero el motivo falso o inidóneo; o porque la medida establecida era prevista y necesaria, pero inadecuada a los objetivos jurídicos (vía impropia); o porque la medida establecida, aunque prevista, necesaria y adecuada, es desproporcionada de acuerdo al fin que se desea alcanzar (exceso)”. Agregó en tal oportunidad: “Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burlar la ley so pretexto de cumplirla”. En este sentido, la actividad administrativa está vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad pública, sino también cuando “el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto” (Jean Rivero, *Droit Administratif*, Segunda Edición, Paris, Dalloz, 1962, pp. 225 a 260)”. Y concluyó: “Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos”. Debemos resaltar que dada la calidad de derecho derivado de los órganos comunitarios configurados en el marco del Mercosur y de acuerdo a las estipulaciones del Artículo 75.24 de la Constitución Nacional, tales preceptivas poseen jerarquía interpretativa calificada.

²⁶ Remarcamos en este punto el criterio sostenido al tiempo de declararse inconstitucional el Artículo 6° de la Ley N° 25.053 que prohibía la circulación de aquellos vehículos que no exhibieran la obra de pago del Fondo Nacional de Incentivo Docente. Se sostuvo en tal oportunidad: “el interés público que tiende a promover la percepción del impuesto anual destinado al financiamiento del Fondo Nacional de Incentivo Docente, no autoriza a utilizar los medios que afecten de manera correlativa y seriamente otros

2º) Dimensión de las obligaciones internacionales. El principio de eficacia

Ahora bien, tal conceptualización del interés público y su proyección en la potestad revocatoria de la Administración Pública, podría en principio aparecer como ambigua o incierta.

Para precisar su alcance resulta útil recurrir ante cada situación en concreto al denominado principio de eficacia, el cual nos permite vincular razonablemente a las directivas interpretativas plasmadas en el orden internacional con la evaluación del obrar específico de la Administración en cada caso. Ello hace posible observar si la medida adoptada comporta o no un medio eficaz de cara a cumplir la finalidad de protección de los derechos fundamentales involucrados.

El recurso a este principio deriva de un elemento central del régimen de protección receptado en el Artículo 75.22 de la Constitución Nacional, en tanto el denominador común frente a los tres tipos de obligaciones internacionales allí asumidas (respeto, adopción de medidas y garantía) reside en que el Estado debe asegurar eficazmente el goce de los derechos reconocidos en los pactos²⁷.

La eficacia se transforma así en el eje rector de la actividad estatal; especialmente de la administrativa inmersa en el modelo constitucional de los Estados que han adoptado el sistema social de derecho.

La doctrina española al argumentar sobre los efectos de dicho principio de rango constitucional, claramente lo convierte en tésis del obrar administrativo a la vez que factor de control de la juridicidad del mismo²⁸.

Puntualmente, “La vulneración –del principio de eficacia– surgirá cuando el actuar administrativo no se encamine a la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o que sea conforme a éste; o cuando los medios, instrumentos o etapas se presenten objetivamente como inidóneos para tal obtención; o cuando el resultado buscado, estando en línea con el querido por el ordenamiento, no alcance en su misma previsión los niveles que en ese momento pudieran objetivamente ser exigibles”²⁹.

intereses también considerados públicos, que no es otro que interrumpir la prestación irregular y continua del servicio como consecuencia de no haber cumplido con el pago del tributo. Las empresas actoras prestan un servicio público, el cual no puede ser alterado por la falta de exhibición de la oblea correspondiente, sin lesionar de este modo el interés general”. (CN Cont. Adm. Fed. –Sala V– Causa 4.176/00, “Celadi -Incidente Med.- y Otros c/ AFIP. RG 356/99 s/ proceso de conocimiento” del 06-03-2000).

²⁷ Ello es así desde que “el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (CIDH, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29-08-1986, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta -Artículos 14.1, 1º.1 y 2º Convención Americana sobre Derechos Humanos”).

²⁸ Menéndez Pérez, Segundo, “El Principio de Eficacia de la Función Administrativa. Virtualidad Práctica: Estudio Jurisprudencial”, *Revista Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, Nº 32, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 13-64.

²⁹ Menéndez Pérez, S., “El Principio de Eficacia de la Función Administrativa. Virtualidad Práctica: Estudio Jurisprudencial”, *op. cit.*

El respeto de tal principio dista de ser una simple aspiración, por el contrario importa una regla jurídica operativa y exigible frente a la Administración en cada actuación concreta que aquella realice³⁰.

Es, en síntesis, un principio tanto en el derecho europeo como en el interno argentino que integra e informa la juridicidad de la Administración Pública.

III. PROYECCIONES FRENTE A LA REVOCACIÓN DEL LLAMADO A LICITACIÓN

Como hemos anticipado al comienzo de las presentes reflexiones, se procura aquí indagar en torno a los nuevos parámetros interpretativos del fenómeno jurídico vivido en la Argentina desde 1994 y sus proyecciones en el ejercicio y alcance de las prerrogativas administrativas. En tal sentido, hemos resaltado los precisos alcances asignados internacionalmente a las finalidades públicas y de cómo las mismas deben modularse en cada caso concreto a partir del principio de eficacia.

Es tiempo ahora de esbozar algunas aproximaciones que tales directivas nos presentan en el tópico de la revocación del llamado a licitación pública.

En tal línea, consideramos que el juego de las pautas teleológicas reseñadas y su comprensión a partir del principio de eficacia, trae aparejada la reafirmación de la potestad de la Administración de ponderar si el fin público (cuyo alcance hemos expuesto) perseguido al momento de iniciarse el trámite licitatorio, se mantiene inalterado; o si por el contrario, corresponde valorar la existencia de nuevas circunstancias que tornen oportuno propender a distintas condiciones de contratación. Todo ello sin descuidar el pleno respeto por el núcleo básico de los derechos fundamentales.

De manera que el marco internacional ensayado pareciera ratificar el criterio pacífico de jurisprudencia y doctrina que reconoce a la Administración la potestad de dejar sin efecto el procedimiento licitatorio por razones de interés público o inconveniencia sobreviniente.

³⁰ Es así que postula el autor citado: “El principio de eficacia, y su nuclear o esencial traducción en un deber jurídico invocable y exigible, ha de entenderse operativo, extrayendo de él sus lógicas consecuencias, en relación con cualquiera de los resultados demandables de las Administraciones Públicas, o mejor dicho, en relación con cualquiera de las actuaciones y decisiones de éstas que estén en conexión con tales resultados [...] el principio de eficacia no es, o no es inicial o fundamentalmente, un mero principio de organización de las Administraciones públicas. Es ante todo un principio rector de la total actividad de éstas, que desplegará su operatividad, dado el carácter prestacional esencialmente predicable de la Administración en un Estado social de derecho como es el diseñado por nuestra Constitución, prioritariamente para regir y enjuiciar la actividad de la Administración en su proyección hacia el exterior y en la totalidad de los ámbitos en que esa actividad se manifieste; aunque la desplegará también en los ámbitos más internos de la organización, de las relaciones interadministrativas, y de la conformación de los medios, instrumentos y procedimientos de actuación, en la medida en que estos ámbitos constituyen el presupuesto o soporte necesario para la obtención de los resultados demandables”. (Menéndez Pérez, S., “El Principio de Eficacia de la Función Administrativa. Virtualidad Práctica: Estudio Jurisprudencial”, *op. cit.*)

Tal prerrogativa pública parece ser una natural consecuencia de la persecución eficaz del interés público comprometido en la contratación, el cual regula de modo preciso las directrices a que debe sujetarse la Administración a efectos de lograr las mejores condiciones de adquisición de sus bienes y servicios.

Las exigencias de tal finalidad estatal no pueden quedar condicionadas frente a un cambio de las circunstancias originariamente tenidas en cuenta al momento de efectuar el llamado a licitación pública³¹; sostener lo contrario implicaría trasladar a la propia comunidad el padecimiento de las consecuencias negativas producto del cambio de condiciones fácticas.

Claro está, tal decisión debe superar el test de juridicidad respectivo, debiendo la revocación del llamado a licitación presentar todos los elementos exigibles a los actos administrativos y por cierto no comportar tal decisión un obrar arbitrario de la Administración.

Con claridad expone Pérez Hualde: “En cualquier momento la Administración puede revocar el llamado dejándolo sin efecto alguno [...] Si la revocación, que siempre deberá ser por acto fundado, se debe a causas atribuibles a la Administración, como por ejemplo la falta de partida presupuestaria, la omisión de la audiencia pública cuando era necesaria, la omisión de la evaluación de impacto ambiental cuando es exigida, etc. deberá asumir su responsabilidad e indemnizar de todos los daños provocados a los oferentes [...] Por el contrario, si la revocación se debe a que por circunstancias sobrevinientes la licitación dejó de resultar conveniente para la Administración más allá de cuales fueran las ofertas, en este caso nada deberá indemnizar puesto que era facultad de ella rechazar todas las ofertas por inconvenientes”³².

Desde el plano de la revocación por ilegitimidad, resulta también claro que tal proceder se presenta como una natural exigencia del sometimiento pleno de la Administración a la juridicidad³³, debiendo verificarse en cada caso si se presentan circunstancias que ameriten la reparación de los daños negativos en que pudieran haber incurrido los oferentes.

³¹ Comadira, Julio R., *La Licitación Pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000; Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996; García De Enterría – Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1997.

³² Pérez Hualde, “El llamado a licitación” en Farrando, Ismael (Director), *Contrato Administrativo*, op. cit., p. 284.

³³ CSJN “Espacio S.A c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Cobro de Pesos” del 22-12-1993; “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado” del 17-02-1998, *Fallos*: 308:618 y 316:382; “Carl Chung Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos” del 25-09-2001; “Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)” del 01-06-2000; “Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/ Provincia de Salta” del 11-07-2000 (*LL*, 2000-F, 373 - *DJ*, 2001-1, 387, *Fallos*: 323:1841); “El Rincón de los Artistas S.R.L. c/ Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro” del 30-09-2003 (*LL*, 03-03-2004, 9 - *LL*, 29-04-2004, 3, con nota de Eduardo Mertehikian - *ED*, 31-12-2003, 17 - *DJ*, 03-03-2004, 489); “P. R. A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur” del 21-03-2006, entre otros.

IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LOS COLECTIVOS PROTEGIDOS Y LA LEGITIMACIÓN

Una segunda aproximación que interesa enfatizar en el plano del procedimiento y el proceso administrativos reside en que la directa incidencia del plexo internacional de derechos conlleva a la proporcional ampliación del concepto de afectado o interesado, de cara a valorar la legitimación administrativa y judicial, para impugnar la revocación al llamado a licitación. O bien solicitar eficazmente al órgano administrativo la revocación de la misma por haber devenido en inconveniente al interés público.

Una vez más podrán aquellos titulares de derechos protegidos (bajo la noción amplia de *afectado*) cuestionar el alcance concreto de la finalidad tenida en miras por la Administración al disponer el llamado a licitación o su revocación.

Es sencillo sostener que cualquier persona tiene derecho a exigir en un caso concreto que la contratación realizada por el Estado no sólo no vulnere sino que asegure el pleno goce del núcleo básico de los derechos fundamentales en el contexto que venimos describiendo. Se parte necesariamente de la finalidad última que posee la Administración, esto es su obligación de perseguir eficazmente la protección, respeto y garantía de los derechos humanos.

Esa amplitud se ve parcialmente recogida por el Artículo 19 del Decreto N° 1023/01 que fija: “Toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. La vista del expediente no interrumpirá los plazos”.

Cualquier persona protegida por el régimen supranacional tiene derecho a exigir –en un caso concreto– que la contratación perseguida por el Estado no solo no vulnere sino que asegure el pleno goce de los derechos fundamentales a partir de la premisa de la eficacia.

Como podrá notarse, la gama de legitimados no puede definirse a priori, correspondiendo enunciar ejemplificativamente a los destinatarios de servicios sociales y de salud, usuarios de servicios públicos, habitantes de zonas afectadas en su medio ambiente, entre tantos otros.

Es entonces razonable pretender en materia de los denominados derechos económicos, sociales y culturales una legitimación administrativa y judicial amplia del ciudadano a fin de cuestionar eficazmente el llamado a licitación pública o su revocación si estos implican vulnerar, restringir, retroceder en el grado de protección o no remover los obstáculos para el goce de los siguientes derechos establecidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en mate-

ria de derechos económicos, sociales y culturales denominado «Protocolo de San Salvador»³⁴:

- ☐ la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- ☐ la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- ☐ la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- ☐ la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- ☐ la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- ☐ la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

La participación ciudadana, y especialmente de aquellas personas que titularizan intereses colectivos protegidos por nuestro texto constitucional permite eficazmente controlar la debida adecuación de la función administrativa al fin público que se invoca como fundamento de la potestad revocatoria en la materia. Claro está que para ello será presupuesto necesario haber transitado un procedimiento administrativo caracterizado por la publicidad y la transparencia³⁵.

V. LA DISCRECIONALIDAD

Todo lo dicho produce correlativamente un especial énfasis en la obligación de motivar³⁶ las decisiones que adopta la Administración al tiempo de invocar en la

³⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17-11-1988. Aprobada por la República Argentina por Ley N° 24.658 del 15-07-1996.

³⁵ Como expresa Ivanega “hay que reconocer la vigencia de este principio desde la decisión misma del Estado a contratar, hasta la finalización del contrato” (Ivanega, Miriam, “El principio de transparencia en las etapas de formación y de ejecución contractual” en AA.VV., *Los Contratos Administrativos. Contratos del Estado*, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías” Julio Rodolfo Comadira *In Memoriam*, T. II, Caracas, Venezuela, Funeda, 2006, p. 229.

³⁶ “Requerir la motivación explícita como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad de la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del Estado de Derecho y del sistema republicano de gobierno [...] la mención expresa de las razones y antecedentes –fácticos y jurídicos– determinantes de la emisión del acto se ordena a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa” (CSJN, *Fallos*: 322:3066, “Goldemberg”).

finalidad³⁷ de su actuar al interés público. Eso debe traducirse en la concreta fundamentación y explicitación del fin inmediato buscado en el caso concreto, y de cómo la medida adoptada persigue eficazmente ese fin, todo lo cual debe ser respaldado por informes técnicos y –naturalmente– por la acreditación de circunstancias fácticas involucradas³⁸.

Íntimamente implicado por lo anterior, la configuración internacional de la finalidad del obrar estatal y su desviación, marca un límite relevante en materia de discrecionalidad administrativa, pues se erige a la eficaz búsqueda de aseguramiento de los derechos humanos, como un principio general del ordenamiento, que posibilita ingresar en ámbitos tradicionalmente vedados a la revisión judicial, brindando con ellos nuevos contornos a la idea de oportunidad, mérito o conveniencia.

Es que la discrecionalidad no puede convertirse en una suerte de escudo del obrar administrativo³⁹ cuando este contraría al núcleo social de los derechos fundamentales; este es el cimiento que la Corte Interamericana ha brindado en el caso “Baena c/ Panamá”⁴⁰, al afirmar que la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto los derechos humanos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos pretendido enfatizar algunos elementos de reflexión susceptibles de ser valorados y lógicamente discutidos al momento de examinar los diversos tópicos de nuestro derecho, especialmente en materia contractual.

Estamos frente a una nueva realidad⁴¹, imponiéndose desde nuestro texto constitucional una renovada discusión enfocada principalmente desde el trastocamiento

³⁷ “La Administración no dispone de libertad de acción –de opción o elección– en cuanto a sus fines. En materia de finalidad no existe discrecionalidad alguna” (Jeanneret De Pérez Cortes, María, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder”, en AA.VV., *Acto Administrativo y Reglamento*, Buenos Aires, RAP, 2002, p.95). En igual línea, Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Tecnos, 2002, p. 208.

³⁸ Es que parece claro que si verificar implica comprobar, acreditar, demostrar que lo peticionado condice con la realidad, esto de por sí trasunta un juicio intelectual que excluye toda valoración discrecional. (Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 303).

³⁹ “El núcleo de la decisión discrecional habilitada por la norma es, en principio, libre jurídicamente, pero revisable, en plenitud, en el marco de los principios generales del derecho en tanto límites negativos de aquella libertad”. (Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 514).

⁴⁰ CIDH, Caso “Baena Ricardo y otros v. Panamá” del 02-02-2001.

⁴¹ En la Argentina la reforma constitucional de 1994 provocó un notable giro en la prelación de las fuentes del derecho interno, el cual se vio impactado no sólo por la vigencia directa y de rango constitucional de diversos cuerpos normativos, sino también por la interpretación y aplicación que de los mismos realizan los diversos órganos supranacionales instituidos para garantizar su respeto.

producido en el orden de las fuentes del derecho por el constituyente de 1994⁴². Este se ha transformado en un tema determinante en nuestro sistema⁴³, debiendo buscar el intérprete la eficacia de las directivas que el régimen supranacional prescribe

Debemos propender hacia la aplicación de las nuevas categorías a cada rama del derecho encontrando la norma de referencia del instituto bajo estudio y los principios que le son aplicables.

Como hemos remarcado, el interés público posee una importancia no menor en los contratos administrativos en toda su etapa de formación, ejecución y extinción y por ello lo determinante será fundar expresamente en el caso concreto el contenido de ese interés público a fin de analizar su perfecta adecuación al principio de juridicidad de la actividad administrativa.

Y es por tal circunstancia que no debemos dejar de considerar que el *interés público* en nuestro texto constitucional se encuentra titularizado por diversos intereses especialmente protegidos y que no necesariamente han de coincidir o identificarse con el alegado por la Administración. Así el interés superior de los usuarios de los servicios públicos o de los habitantes en relación al medio ambiente, representan alguno de los intereses especialmente protegidos cuyo respeto habrá de guiar a la Administración al tiempo de disponer una contratación o bien la revocación del llamado a licitación pública.

Tal télesis se convierte en un vector de control de la actividad administrativa al tiempo que amplía la legitimación para participar eficazmente en los procedimientos administrativos o judiciales. Ello es una consecuencia directa de los Artículos 8º, 23 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los Artículos 1º, 16, 19, 21, 38, 39 y 40 de la Constitución Nacional

He intentado con el presente trabajo sencillamente, pero en forma muy sentida, homenajear a quienes nos enseñaron a encontrar en el bien común y en la protección de la dignidad del hombre la esencia del derecho administrativo. Por eso a los Profesores Julio Comadira y Jorge Salomoni, mi agradecimiento.

⁴² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Capítulo VI, T.1, Parte General, 8º edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Del mismo autor, *Derechos humanos*, 5º edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

⁴³ Ver el desarrollo efectuado por Lorenzetti, Ricardo Luis, en *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.