

Transparencia, publicidad y concurrencia en la contratación de obras públicas en Argentina

Transparency, publicity and competition in the procurement of public works in Argentina

Mariano TATE *

RESUMEN: El objeto de este trabajo es analizar diversas técnicas, institutos y normas que se han implementado en el último lustro con el fin de fomentar la gestión transparente y eficaz de las contrataciones de obras públicas y concesión de obras públicas en la Administración Pública Nacional de la República Argentina, valorar sus aspectos más salientes, como identificar ciertos problemas que presentan. La diversidad y variedad de los institutos jurídicos incorporados dan cuenta de las múltiples facetas que presenta la corrupción, el rol central que adquiere para el derecho público y los distintos cambios normativos que se generaron a fin de abordar esta problemática crucial para el desarrollo de la infraestructura pública a partir de hechos bochornosos acontecidos recientemente en el país.

PALABRAS CLAVES: Obra pública; infraestructura; corrupción; transparencia; concurrencia.

* Abogado (Universidad Católica Argentina), Especialista en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina), Asociado en Cassagne Abogados. Contacto: <mat@cassagne.com.ar>. Fecha de recepción: 03/06/2023. Fecha de aprobación: 04/10/2023.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze various techniques, institutes and regulations that have been implemented in the National Public Administration of the Argentine Republic in the last five years to promote transparent and effective management of public works contracting and concessions. The present effort assesses its most significant aspects, such as identifies problems that the institutes present. The diversity and variety of the incorporated legal institutes account for the many faces of corruption and the central role they acquire to guarantee transparency to develop public infrastructure in Argentina.

KEYWORD: Public Works; infrastructure; corruption; transparency; competition.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha producido en los últimos años en Argentina una mayor conciencia respecto de la gravedad de los hechos de corrupción y los efectos negativos que esos actos acarrearán a la sociedad¹. Este fenómeno puede adoptar distintas facetas de aproximación para su estudio, pues plantea una problemática con infinidad de perspectivas para su abordaje.

En este trabajo nos ceñiremos a analizar distintas técnicas e instituciones normativas que fueron incorporadas en el ámbito de la Administración Pública Nacional de la República Argentina (a nivel federal), que pretenden orientar su actuación, a fin de vencer arraigadas prácticas corruptivas en la gestión de los contratos y fomentar la concurrencia en la contratación de obras públicas y la concesión de obras públicas.

El interés en esta temática se ha visto recientemente renovada e impulsada con motivo de los hechos bochornosos que se hicieron públicos a partir de investigaciones periodísticas y judiciales que acontecieron como consecuencia de delitos que se imputan a los más altos rangos de funcionarios de la Administración nacional y la participación extendida de empresas contratistas del Estado en maniobras de colusión y cohecho, entre otros delitos, lo

¹ DÍAS, Leandro A. y BÉGUELIN, José R., “Argentina”, en OLASOLO, H., BUITRAGO DÍAZ, E., MANÉ GRANDADOS, C.S., SANCHEZ SARMIENTO, A. (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*, Capítulo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 133-135

que se ha dado en conocer popularmente como la “*Causa de los Cuadernos*”² y otras investigaciones derivadas o vinculadas³.

A partir de haber tomado estado público estos hechos escandalosos de corrupción, el “sector” de la contratación pública en Argentina ha estado sujeta a reformas y adecuaciones a partir de distintas acciones por parte de Estado Nacional en el plano normativo. Así, se introdujeron modificaciones al régimen general de las contrataciones de la Administración Pública Nacional (decreto 1030/2016), se implementó un nuevo régimen de conflictos de interés (decreto 202/2017), se sancionó la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria como consecuencia de la implementación de la tercera fase (bis) de la Convención celebrada en el marco de la OCDE para combatir la corrupción transnacional, se incorporaron nuevas modalidades de gestión electrónica en los procesos de contratación de obras públicas y concesión de obras públicas (decreto 1336/2016, Sistema CONTRAT.AR), como por ejemplo, mecanismos de participación ciudadana para el control (vgr., el Observatorio de la Obra Pública convocada por el Estado Nacional⁴) y acceso a la información pública sobre contratación.

En este mismo orden, el Poder Ejecutivo Nacional dictó en el año 2018 el decreto N° 1169/2018, que reorganiza las funciones y competencias de los distintos órganos de la administración central

² Dicha causa es considerada el hecho de corrupción más importante de la historia argentina y la administrativa, con especial referencia a la República Argentina”. DPCE Online, [S.l investigación judicial más trascendente en la persecución del delito de la corrupción. Crf. IVANEGA, Miriam Mabel, “Apuntes acerca de la corrupción en las contrataciones”, v. 38, n. 1, apr. 2019. Consultado en: <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/674>>.

³ Entre otras, causa N° 5048/2016 (expediente de la “Obra Pública”), causa N° 15.734/2008 caratulada “*Kirchner, Néstor y otros s/ asociación ilícita*”, y otras causas conocidas públicamente como “*Los Sauces*” (causa N° 3732/2016) y “*Hotesur*” (Expte. N° 11.352/2014).

⁴ Resolución 32/2020, Ministerio de Obras Públicas de la Nación, del 5 de mayo de 2020.

involucrados en la contratación de obras públicas y concesiones: como también, dispone cambios en el régimen para la inscripción, calificación y contralor de firmas constructoras y consultoras de obras públicas, y consecuentemente, amplía las causales de inelegibilidad de los oferentes, adjudicatarios y cocontratantes y modifica el régimen sancionatorio de dichos sujetos.

El propósito de este trabajo es analizar los institutos que se han incorporado en este último tiempo para fomentar la gestión transparente y eficaz de las contrataciones de obras públicas y concesiones.

II. INSTITUTOS QUE CONTRIBUYEN A LA TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y CONCURRENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y CONCESIONES

En lo que respecta al sistema de contrataciones de obras públicas y concesión, los principios generales a los que debe ajustarse la gestión de la Administración Nacional tienen su reconocimiento positivo en los artículo 3° del decreto 1023/01 y 9° del decreto 1030/16 (Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, por sus siglas “RCAN”), entre los que se enumeran la promoción de la concurrencia (acápite b), la transparencia de los procedimientos (c), publicidad y difusión de las actuaciones (acápite d). En el mismo sentido el artículo 9° del RCAN promueve que la contratación pública sea desarrollada

En todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la

gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad.⁵

Está fuera de toda controversia la vigencia de estos principios en la contratación pública nacional, que se complementan con los tradicionales del derecho en general⁶, que deben guiar la conducta de los sujetos involucrados en la actividad, en la medida que estas contrataciones comprometen recursos públicos y las infraestructuras están destinadas a satisfacer políticas de interés general y fomentar el desarrollo social⁷.

En línea con los principios formulados, la sanción del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1169/18 (en adelante, decreto 1169/18) promueve la implementación de medidas tendientes a fomentar una mayor publicidad, transparencia y concurrencia en

⁵ Desde ya el rol de los principios jurídicos no depende de su recepción formal en el ordenamiento jurídico positivo, puesto que constituyen el fundamento de las demás fuentes del derecho, y los enumerados no son los únicos que deben ser valorados en la contratación (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Buenos Aires, La ley, 2015, p. 87. En el entendimiento que los mecanismos de selección de contratistas son en esencia típicos procedimientos, debe también reconocerse aplicables para la contrataciones de obras públicas y concesiones los principios generales del procedimiento, siempre que no colisionen con su especialidad o las particularidades específicas que le son inherentes al contrato en particular de que se trate (cfr. REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, op. cit., p. 38. En similar sentido, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 1-5).

⁶ A modo de ejemplo, el principio de la buena fe que deben observar las partes durante todas las fases, tanto en la preparación, formación, celebración y ejecución del contrato administrativo. Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 21 y ss.

⁷ Cfr. DE LA RIVA, Ignacio María, *Derecho de las infraestructuras*, Buenos Aires, La Ley, 2018, cap. 1

la actividad contractual de lo que pasa a denominar el ‘*sistema de contrataciones de Obras Públicas y concesiones de Obras*’. Entre las medidas adoptadas se destacan las siguientes:

- i) incorpora el “Sistema de Gestión Electrónica CONTRATAR” – creado por decreto 1336/2016– las contrataciones de obra pública y concesiones de obra pública para el seguimiento de su ejecución que habían sido excluidas con anterioridad;
- ii) ordena la publicación de información y documentación “relevante” sobre los procedimientos de selección y ejecución de las contrataciones, en forma completa y con el mayor nivel de desagregación posible respecto de cada procedimiento de selección y obra en ejecución, para lo cual establece la información y documentación mínima que debe ponerse a disposición al público;
- iii) instruye a la Oficina Nacional de Contrataciones⁸ (por sus siglas, en adelante “ONC”) a elaborar un Programa de Gobernanza, abierto a la participación y del que surgirían propuestas regulatorias en la materia⁹;

⁸ La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) se creó por decreto 1545/1994 como órgano desconcentrado que actualmente está bajo la dependencia funcional y orgánica de la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con rango de Subsecretaría. Las competencias de la ONC tienen como eje central la promoción de políticas para el cumplimiento de los principios a los que debe ajustarse la gestión de las contrataciones de obra pública y concesión, administrar e implementar herramientas de información, entre otros instrumentos y acciones tendientes a dotar de mayor transparencia, eficiencia y eficacia al sistema de contratación; y por último, dotar al organismo de las facultades necesarias para administrar, gestionar y ejercer el control del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, como aplicar penalidades contractuales.

⁹ Por disposición ONC 93/2020 del 29 de julio de 2020 se dictó un reglamento de organización, convocatoria y funcionamiento de las reuniones y foros de debate que lleve a cabo la ONC.

- iv) encomienda a la ONC a elaborar el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el que luego fue dictado por disposición ONC 22/2019;
- v) incorpora un nuevo régimen de inelegibilidad de los oferentes en los procedimientos de contrataciones de obra y concesión de obra pública;
- vi) adecúa el régimen sancionatorio (Anexo II del decreto) y dota a la ONC de la facultad de aplicarlas a los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes;
- vii) instruye como nuevo órgano rector de la contratación de obra pública y concesión de obra pública a la ONC¹⁰ y modificó el sistema de registro para la inscripción, habilitación y calificación de las empresas constructoras, consultores y proveedores de obras públicas. Consecuentemente, establece un nuevo reglamento para el funcionamiento del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas (disposición ONC 16/19, que reemplazó al previsto en el decreto N° 1424/93).

Estas técnicas se complementan con otras medidas adoptadas en distintos ámbitos de gobierno, tales como la sanción por parte del Congreso de la Nación de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas¹¹. Esta ley fue receptada en las disposiciones reglamentarias del decreto 1169/18¹², que incorporan como exigencia contar con un programa de integridad, entre otras acciones y procedimientos internos de promoción, supervisión y control obligatorios, orientados a prevenir, detectar y corregir irregulari-

¹⁰ El decreto 1169/18 amplió el repertorio de contratos públicos bajo la órbita del control “rector” de la ONC, al incorporar la obra pública y concesión de obra pública dentro de su competencia de control, lo cual pasa a integrar lo que se denomina como el “Sistema Nacional de Contrataciones de la Administración Pública Nacional”.

¹¹ Ley 27.401.

¹² Disposición ONC 22/2019, que promulga el Pliego Único de Contrataciones.

dades y actos ilícitos para ser contratista de obra pública o concesionario del Estado Nacional¹³.

También caben mencionarse otras técnicas de política criminal implementadas que se orientan a combatir delitos de corrupción pública, por ejemplo: las leyes que promueven la prevención y sanción del lavado de activos procedente de la corrupción (Ley 25.246), la creación de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA, Ley 27.148)¹⁴ y la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC)¹⁵, estas últimas dependientes de la Procuración General de la Nación. Otras medidas de trascendencia de la política criminal en materia de lucha contra la corrupción son la sanción de las mal llamadas “Ley del

¹³ Esta obligación está prevista en el art. 24 de la ley 27.401 y en el decreto 277/2018 del Poder Ejecutivo Nacional.

¹⁴ La Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), integra la Procuración General de la Nación, y se encarga de la investigación de hechos de corrupción y de irregularidades administrativas cometidas por agentes de la administración nacional, lo que la convierte en uno de los organismos más importantes en la materia. Conf. GIULLITTI, Marcelo. y LAVIN, Renzo, “Las causas de la impunidad. Las deficiencias del sistema de investigación y sanción penal de la corrupción en Argentina”, en *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017*, Buenos Aires, 2017, Eudeba, pp. 217-248.

¹⁵ La Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) es una procuraduría especializada en criminalidad organizada de la Procuración General de la Nación, que fue creada en el año 2012 por la resolución PGN 914/12 como una estrategia para lograr perseguir la criminalidad económica organizada. Conf. ARGIBAY MOLINA, Juan Agustín, “Desafíos para la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) en contextos de corrupción”, *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016- 2017*, Buenos Aires, 2017, Eudeba, pp. 134-139.

Arrepentido” (Ley 27.304)¹⁶ y “Ley de Extinción de Dominio” (Decreto 62/2019)¹⁷.

Estudiar todas estas normas e institutos excedería largamente las pautas de este trabajo, por ello nos limitaremos a analizar aquellas que son más relevantes para la contratación de obras públicas y concesión de obras públicas y describir sus aspectos centrales.

A) INCORPORACIÓN DE TÉCNICAS DE GOBIERNO ABIERTO EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS E INTERACCIÓN CON LOS AGENTES DEL SECTOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las nuevas formas y facilidades en la comunicación impulsan una nueva cultura en las organizaciones públicas y facilitan la

¹⁶ En rigor se trata de una ley que establece la posibilidad de una reducción de la pena a quienes intervinieron en un delito (entre ellos, los delitos de corrupción, como el cohecho) y durante el proceso penal brinden información que permita el esclarecimiento del hecho y la determinación de intervinientes cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del “imputado arrepentido” (art. 3, ley 27.304). En ese sentido, no hace falta ningún “arrepentimiento” genuino, sino que se habilita una negociación del imputado y el fiscal sobre la acción penal. Conf. SANCINETTI, Marcelo A., “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamado, de Arrepentido y de Extinción de Dominio”, *Revista Pensamiento Penal*, 16/8/2016, p. 3; disponible en <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/02/doctrina47338.pdf>>.

¹⁷ Por Decreto (de necesidad y urgencia) 62/2019 el Poder Ejecutivo creó el “Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio”. Se trata de un procedimiento judicial autónomo por el cual la Procuración General de la Nación puede promover la acción tendiente a recuperar valores y bienes que se hayan incorporado al patrimonio de los sujetos involucrados en la comisión de delitos (conf. BIANCHI, Alberto, “Notas al régimen de la acción civil de extinción del dominio”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, CACBA, t. 79, núm. 1, julio 2019, p. 49. Consultado en: <<http://www.colabogados.org.ar/larevista/79t1/>>.

introducción de cambios que promueven prácticas e interacciones participativas y colaborativas en la gestión de los bienes públicos. En la actualidad existe cierto consenso que al referirse al concepto de 'gobierno abierto' se hace referencia a principios que se manifiestan en: a) la mejora de los niveles de transparencia y acceso a la información pública y la reutilización de la información del sector público para promover el desarrollo e innovación económica; b) facilitar la participación de la ciudadanía en el diseño e implementación de políticas públicas e incidir en la toma de decisiones; c) favorecer la generación de espacios de colaboración entre los diversos actores, particularmente entre la administración pública, sociedad civil y sector privado. Estos esfuerzos tienen por objeto fortalecer los sistemas democráticos, incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones, potenciar la participación y compromiso cívico, como también, mejorar la calidad eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, bajo principios de equidad, integridad y transparencia¹⁸.

Esto implica una mayor interacción entre el Estado, la sociedad civil y el sector de la industria involucrado, en un espacio en el que sea posible la rendición de cuentas y la promoción de la participación como un modo de creación de valores económicos y sociales¹⁹.

¹⁸ RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro, "Gobierno abierto", *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, Universidad Carlos III, Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, pp.201-2016; WOJCIK, Stephanie; "Open Government and Open Data" en *Electronic Democracy*, KERSTING Norbert, STEIN Michael, and TRENT John (eds.), Oplade, Berlin-Toronto; published by Verlag Barbara Budrich, 2012, pp. 125-52. Consultado en: <<https://www.jstor.org/stable/j.ctvddzwcg.9>>.

¹⁹ GALLI BASUALDO, Martín; *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019, pp. 179-199.

En ese orden, se implementaron distintas medidas que fomentan la participación de los distintos actores de la industria de la construcción y el ejercicio del control activo de la sociedad civil y el sector empresario en general. Aquí mencionaremos al menos dos, el compromiso asumido en el art. 3° del decreto 1169/18 de publicar información y documentación relevante sobre los procedimientos de selección y ejecución de contrataciones de obras públicas y concesiones de obra pública incorporados en el Sistema de Gestión Electrónica CONTRATAR y la convocatoria efectuada por el Ministerio de Obras Públicas de la Nación en orden a conformar un 'Observatorio de la Obra Pública', como un espacio de participación e intercambio entre los distintos actores de la industria.

El decreto 1169/18 prevé la creación de un espacio digital de publicidad en la página web oficial del gobierno nacional²⁰ de 'sets de datos abiertos' en cuya plataforma se ofrece información de la ejecución de los contratos de obra pública celebrados por la administración central.

La información que se publica en los sets carece de tratamiento ni elementos de interpretación con el fin de reducir pretendidamente sesgos, de modo que sea la sociedad la que pueda extraer de ella sus propias conclusiones. El objetivo de su publicación es facilitar al público en general que pueda utilizarla de la forma que se considere apropiada para su análisis. Esta liberación de información tiene por objeto la creación de valor público y económico, e incrementar la transparencia sobre la actividad contractual del gobierno y la ejecución de los contratos de obras públicas.

El decreto 1169/18 enumera con precisión cuál es la información mínima que debe publicarse sobre las contrataciones y la ejecución de los contratos²¹, no obstante, si se realiza un análisis

²⁰ Accesible en la página oficial: <<https://datos.gob.ar/dataset/jgm-contratar>>.

²¹ El Anexo I al decreto 1169/18 enumera al menos treinta y cinco elementos que de modo obligatorio debe informar set de datos, lo que constituye

minucioso de la información publicada y contrasta con la apertura de los ítems mínimos que la Administración se compromete a suministrar, se advierte que tal apertura carece en muchos aspectos de la profundidad y calidad que se requiere para que la misma sea de utilidad o provechosa para ejercer un control efectivo sobre la actividad estatal y tomar conocimiento del grado de cumplimiento de las partes en la ejecución de un contrato. A modo de ejemplo, si bien se informa la fecha de última actualización de la información pública que se suministra por contrato en ejecución, se advierte que en muchos casos la información no se corresponde con el grado de ejecución de la obra a la fecha de publicación. Lo que es más grave, siquiera se brinda la totalidad de la información de los datos obligatorios que el decreto establece que deben ponerse a disposición, ni en la calidad y/o profundidad que permita su valoración o facilitar el ejercicio del control y dotar de utilidad a los datos publicados.

Por otra parte, la totalidad de la información tampoco es accesible irrestricta e indiscriminadamente para el público, pues una parte de esta está contenida en portal *CONTRAT.AR*, al que solamente pueden acceder quienes estén registrados y aceptados por la Administración en el Registro de Constructores de Obras Públicas (y no el público en general).

Adicionalmente, no se cumple de modo alguno con la publicación de la totalidad de la información mínima exigida²², y en muchos casos, la que se publica se limita a brindar datos de cumplimiento de cierta condición contractual, pero no hace pública la documentación respaldatoria. En definitiva, sólo es de acceso pú-

la información mínima que debe publicar.

²² Basta advertir por ejemplo que según la normativa debe ser público acceder vía web a los documentos de las garantías exigidas en el contrato, las circulares aclaratorias y/o modificatorias, las impugnaciones y observaciones y actos administrativos que decidan sobre las mismas, documentación del contrato, certificado de aptitud Ambiental, ente otra información que obligatoriamente debe estar publicada en la web de “*datos.gob*”.

blico una síntesis de los datos obligatorios que el Estado Nacional debe declarar, pero no su totalidad.

El decreto 1169/18 establece la obligatoriedad de mantener actualizada la base de datos y proceder a su publicación trimestralmente, circunstancia que tampoco se acredita. En muchos casos la que se publica como nueva, está desactualizada. También conspira contra el ejercicio de un control activo que la Jefatura de Gabinete de Ministros solo deje publicado en su sitio el último informe, lo que dificulta realizar un seguimiento dinámico (en serie) de los datos de la ejecución de los contratos en un período prolongado de tiempo.

En consecuencia, el modo en que se publica la información y su escasa calidad atenta contra la transparencia de la actuación estatal y el ejercicio del control de las acciones de los representantes, lo que pone en duda que la información suministrada cumpla el objeto propuesto o fomentar la vocación de un verdadero '*gobierno abierto*' en la mejora de la calidad de las decisiones públicas.

En esencia, publicar un '*set de datos*' de la contratación pública se trata de abrir los asuntos públicos manejados por el Estado al escrutinio de la ciudadanía, amparándose en el derecho a la información y en la obligación legal de rendir cuentas acerca de la forma, fondo y contenido de la administración de los recursos públicos²³, lo que difícilmente puede llevarse a cabo con la información que publica actualmente la Jefatura de Gabinete de Ministros en cumplimiento -deficitario- de lo que establece el decreto 1169/18.

En síntesis, se incumplen varios de los principios que se aconsejan que deben seguirse como buenas prácticas del *open data*,

²³ SPANO TARDIVO, Pedro, "El principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración", *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, núm. 1, Enero/junio, 2016, pp. 225-267. DOI: <<https://doi.org/10.14409/aada.v0i15>>

conforme observa RAMÍREZ ALUJAS²⁴, en tanto la información no es oportuna, adolece de permanencia (esto es, los datos no están disponibles en el sitio de modo estable e indefinido en el tiempo), asimismo; solo parcialmente los datos están disponibles al público, sin necesidad de registro u otra barrera de acceso. Ahora bien, aun cuando acertadamente están publicados en un formato accesible, reutilizable y abierto (licenciamiento libre), la información que se suministra no ofrece garantías de su actualidad e integridad (exactos y fiables), ni se presentan en un formato que facilite su análisis.

B) LA APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS
AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCIÓN
Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS
DE OBRAS PÚBLICAS

La incorporación de tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración pública, y especialmente en la contratación administrativa, ofrecen un instrumento muy útil para mejorar la participación de los ciudadanos, la eficacia, calidad, transparencia y control de los contratos públicos, como de la gestión del estado en general. En ese contexto, las contrataciones públicas electrónicas forman parte de una tendencia que se conoce como Gobierno Electrónico (e-Government)²⁵.

²⁴ RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro, “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales”, *Revista Enfoques*, vol. IX, núm. 15, 2011, Santiago, Universidad Central de Chile, pp. 99-125; TAUBERER, Joshua, *Open data is civic capital: Best practice for open government data*, 2ª ed., 2014, consultado en: <<https://opengovdata.io/>>; GALLI BASUALDO, Martín, *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales ...op. cit.*, pp. 201-207.

²⁵ CORRÁ, María Inés, “La contratación pública electrónica”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Buenos Aires, Ediciones RAP, mayo 2006, pp. 281-300. La Carta Ibe-

Por decreto 1136/16 se implementó el Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de Obra Pública, concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos y licencias, “CONTRAT.AR”, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de contratación y seguimiento de la ejecución de dichos contratos.

El Sistema de Gestión Electrónica no es meramente una herramienta de apoyo al proceso de selección del contratista, sino más bien, está diseñado como un portal de contratación electrónica propiamente dicha, en tanto por dicho medio se forma la voluntad de contratar, en tanto se transmiten las ofertas y se lleva a cabo la adjudicación, entre otros actos esenciales del proceso de selección²⁶.

El uso de la tecnología de la información tiene entre otros objetos lograr una mayor transparencia de los procedimientos administrativos, al favorecer el acceso a la información, la consulta de

roamericana de Gobierno Electrónico entiende que las expresiones Gobierno Electrónico y Administración Electrónica son sinónimos, ambas consideradas como uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública y la participación de los ciudadanos. Cfr. GALLI BASUALDO, Martín; *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica, op. cit.*, p. 278.

²⁶ En la plataforma CONTRAT.AR se publican los Pliegos de Condiciones Generales y Particulares, de Especificaciones Técnicas, los procesos de contratación abiertos y los próximos llamados a licitaciones y actos de apertura de ofertas, se cursan automáticamente invitaciones a los constructores según la especialidad y capacidades reconocidas. También el constructor puede efectuar por esa plataforma consultas, solicitar aclaraciones, recibir circulares y cargar sus propuestas para que la misma sea considerada en el acto de apertura y se realizan notificaciones. Asimismo, obliga a los interesados a presentar las garantías de mantenimiento de ofertas por la plataforma. El perfeccionamiento del contrato se lleva a cabo mediante la notificación del documento contractual al adjudicatario y su difusión en el sitio.

los procedimientos en curso, el mejoramiento del control interno y social de la gestión pública, ampliar la concurrencia y la competencia al permitir superar los límites creados por la distancia y otras dificultades materiales, así como, asegurar mayor eficacia, calidad y economía de la gestión al reducir costos y estandarizar tramites o automatizaciones.

El Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de obras públicas implica un salto cualitativo en la gestión de las contrataciones²⁷, sin embargo, no alcanza a un grado de desarrollo que admita a cualquier ciudadano tomar conocimiento total mediante el sitio *CONTRAT.AR* del estado de las licitaciones, puesto que se exige previamente estar inscripto al Registro Nacional de Constructores y de Firmas Consultoras de Obras Públicas para poder operar en el portal *CONTRAT.AR* e informarse sobre las contrataciones electrónicas en curso y las adjudicaciones de los procedimientos de selección, así como, acceder a documentación contractual y la actividad estatal vinculada a dicho contrato.

Sin lugar a duda es positivo que los principales interesados en la actividad –los constructores y proveedores de servicios de la construcción– tengan acceso, pero también es imprescindible que otros actores puedan conocer de primera mano la información relevante publicada para que la sociedad civil disponga de la información, ya sea para alejar las dudas y temores de corrupción o ejercer los controles que consideren adecuados.

²⁷ Plan Nacional de Modernización de la Administración Pública Nacional, aprobado por decreto 103/01; Gobierno Electrónico y los Planes Sectoriales de Gobierno Electrónico, aprobado por decreto 378/05. Más recientemente, por decreto 733/18 (BO del 9 de agosto de 2018) se implementó la instrumentación y tramitación digital completa, remota, simple, automática e instantánea de todos los documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos ante la Administración Pública Nacional (Sistema de Gestión Documental Electrónica) como parte del Plan Nacional de Modernización.

Asimismo, si bien los recursos tecnológicos existentes admitirían utilizar los datos recopilados en esta aplicación para sistematizar la información sobre la ejecución de las contrataciones y hacer el seguimiento del nivel de pago y cumplimiento de las partes (al menos conocer grado de avance y certificación) esa información no es revelada apropiadamente, ni de ella se extrae evidentemente la información que luego se vuelca al ‘*set de datos abiertos*’ que publica la Jefatura de Gabinete de Ministros. Es decir, no existe una comunión de datos entre distintos sistemas de información, pese a que se trata de la misma actividad, ni mucho menos, se permite un acceso irrestricto a esa información.

Por lo tanto, si bien el avance es significativo para lograr dichos objetivos, resulta insuficientes los esfuerzos insumidos y existen múltiples medidas que pueden adoptarse para desarrollar instrumentos que mejoren la gestión de los intereses públicos y privados, como garantizar a la ciudadanía el acceso oportuno e irrestricto a información adecuada y precisa sobre la gestión contractual.

Las falencias que se verifican en la implementación de los sistemas que admitan el acceso abierto a la información pública de calidad, sin restricciones arbitrarias e irrazonables, y en la implementación de tecnologías de la información, sugieren que se valora adecuadamente la importancia de avanzar hacia la incorporación de herramientas que forjen una mejor calidad institucional. Sin embargo, se requieren mayores compromisos por parte del Estado para desarrollar adecuadamente estas herramientas a fin de garantizar la calidad de la información y su accesibilidad.

C) LA SANCIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE INTEGRIDAD

El concepto de *compliance* se ha extendido en los últimos años en referencia a los programas de integridad que deben implementar las personas jurídicas que realizan algún tipo de transacción eco-

nómica con dependencias estatales del ámbito nacional, lo que comprende a un conjunto de acciones y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos²⁸.

En este sentido, el ejemplo más claro de la incorporación del “*compliance*” al ordenamiento jurídico argentino está dado por la sanción de la Ley Nacional N° 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que en su articulado establece incentivos claros para que las empresas adopten programas de integridad que pueden acarrear una atenuación en la graduación de la sanción penal (art. 8°), eximición de pena o responsabilidad administrativa (art. 9°) y acceso a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18); constituyéndose, asimismo, en un requisito ineludible para ser contratista del Estado Nacional en ciertas contrataciones (art. 24), entre los que se incluyen, los contratos de obras públicas²⁹.

Al igual que ocurrió en EE. UU, la República Argentina incorporó prácticas de la cultura del cumplimiento con motivo de grandes casos de corrupción público-privada, con un doble propósito. Primero, dar una respuesta pública en resguardo de las arcas públicas³⁰. Segundo, adaptar el sistema penal argentino a las exigencias de cumplimiento que los lineamientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”) en materia de delitos contra la administración pública (que impliquen corrupción) y los estándares internacionales a los que la República

²⁸ Cfr. MORALES OLIVER, Gustavo L., “Programas de *compliance* anticorrupción: Aspectos complejos, legislación comparada y consecuencias” en SACCANI, Raúl R. y DURRIEU, Nicolás (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 199-209.

²⁹ Estos contratos están listados en el art. 24 de la ley 27.401 y en el decreto 277/2018 del Poder Ejecutivo Nacional.

³⁰ Cfr. PAPA, Rodolfo G., “Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401”, en SACCANI, Raúl R. y DURRIEU, Nicolás (dir.), *op. cit.*, pp. 9-20.

Argentina se obligó a adherir al suscribir la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho Internacional³¹.

El objeto de la ley 27.401 es elevar los estándares de integridad y buenas prácticas empresarias, procurando prevenir cualquier eventual quiebre de la ley y, a su vez, contar con herramientas idóneas para la detección, gestión interna y denuncia en aquellos casos donde el quebrantamiento se haya producido. Estas políticas de integridad no han sido ajenas al ámbito de las contrataciones públicas, en especial, las obras públicas.

La ley 27.401 incorpora en el ordenamiento un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas (ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal) por los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balance e informes falsos³².

La norma viene a modificar el clásico principio de subjetividad de la acción delictiva, considerando como efectiva la expresión de la psiquis del sujeto (*societas delinquere non potest*) paradigma sobre el que se asienta el derecho penal y la doctrina clásica³³. La persona jurídica responde por los delitos que se cometan, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, aun cuando quien actúe fuere un tercero que carezca de representación, siempre que se compruebe el vínculo. Es decir, la norma presume que, si el empleado o funcionario de una organización comete un delito, ello se debe a que no ha estado sujeto a

³¹ Ley 25.319, cfr. KAMAROFKY, Nadia, “El nuevo régimen legal de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que impliquen corrupción”, ADLA 2017-12, 10; GONZALEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José, “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica” en *Ibidem*, pp. 1-9.

³² Tipificados en los artículos 258, 258 bis, 265, 268 y 300 bis del Código Penal de la Nación.

³³ PTN, Dictamen 307:176, con cita de SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed., Buenos Aires, TEA, t. I, 1987, pp. 329-335.

un adecuado y correcto control, entonces, la ley extiende las consecuencias penales a las personas jurídicas. Así, se ponen el foco en la obligación de las organizaciones a ejercer un control sobre sus empleados y funcionarios.

Los requerimientos que la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas son complementados por los “*Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley N° 27.401*”, aprobados por la resolución 27/2018 de la Oficina Anticorrupción³⁴, y por el “*Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional para las Contrataciones de Obras Públicas*” promulgado por disposición ONC 22/2019.

En línea con lo dispuesto por la ley 27.401 y el decreto N° 1169/2018, el Pliego Único prevé la obligación de los contratistas de obras públicas de acreditar la implementación de un Programa de Integridad adecuado al tiempo de presentar una oferta y cumplir con la Declaración Jurada de Intereses prevista en el decreto N° 202/17³⁵. Inclusive, una vez vigente la ley, la Subsecretaría de Investigaciones Anticorrupción de la Oficina Anticorrupción propició que se modifiquen los contratos administrativos en ejecución³⁶.

³⁴ La resolución ofrece una guía técnica sobre los principios y pautas de cumplimiento de los programas de integridad a fin de contar con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura organizacional y procesos a prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción. Cfr. BARBUTO, Alberto S., “Los lineamientos del Programa de Integridad aprobados por la resolución 27/2018: desafíos para las empresas, los abogados y para las agencias del sistema penal a la luz de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley 27.401), ADLA 2018-11, pp. 3-19.

³⁵ En este documento, debe declararse la existencia o inexistencia de vínculos con funcionarios de rango no inferior a ministro, o funcionarios de rango inferior que tengan competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante.

³⁶ Cfr. PTN, Dictámenes 307:445.

En ese sentido, el Pliego Único prevé la obligación de los interesados, oferentes, proponentes, contratistas y subcontratistas –durante todas las etapas de contratación y ejecución del contrato– a cumplir con las reglas éticas, abstenerse de realizar prácticas prohibidas, asegurando al respecto una supervisión interna adecuada y suficiente, las que denomina genéricamente como políticas de “*Integridad en las Contrataciones de Obra Pública*”³⁷.

D) IMPLEMENTACIÓN DEL PLIEGO ÚNICO DE OBRAS PÚBLICAS PARA TODAS LAS JURISDICCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y DESCENTRALIZADA

Por Disposición ONC 22/2019³⁸, se aprobó el “*Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional para las Contrataciones de Obras Públicas*” (en adelante, “PUCG”) que es obligatorio, a partir del 1 de septiembre de 2019, para todos los procedimientos relativos a obras públicas que lleve a cabo la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

El Pliego incorpora las pautas de inelegibilidad e inhabilidad dispuestas en los decretos 1023/16 y 1169/18, así como, las de política de integridad de la ley 27.401 en las contrataciones de obras públicas, detallando, por un lado, las obligaciones de los oferentes y las prácticas prohibidas (de corrupción, fraudulentas, obstructivas y anticompetitivas o colusorias) y, por otro lado, las vías de reporte –anónima– a través de los canales dispuestos por la Oficina Anticorrupción ante cualquier práctica irregular contraria a la política de integridad, ilícito o circunstancia contraria a la ética pública o a la transparencia institucional.

Se señala habitualmente que las irregularidades en una licitación frecuentemente comienzan con la redacción de pliegos, tal es así, que algunas prácticas se extendieron tanto que fueron expresa-

³⁷ Cfr. art. 1.15 del Anexo I de la disposición 22/2019, Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para la contratación de obras Públicas.

³⁸ Emitida por la ONC el 1º de agosto de 2019.

mente proscriptas, como es la exigencia de condiciones que sólo puede reunir un oferente determinado, o prácticas restrictivas de inclusión de requisitos innecesariamente estrictos para calificar como oferentes admisibles y la redacción de cláusulas contractuales leoninas que disuadan a los particulares (o lo que es lo mismo, obliguen a cotizar precios muy elevados) a quienes no estén confiados de obtener un trato razonable de parte del organismo contratante³⁹. La casuística acredita un sin número de restricciones a la formación competitiva de precios por la inclusión en los Pliegos de Condiciones, de mecanismos que la restringen o exigencias particulares que dificultan, impiden o inducen a desincentivar la participación⁴⁰.

Por ello, la implementación de un pliego único es una herramienta útil para reducir las irregularidades en la redacción de pliegos dirigidos a condicionar la concurrencia de oferentes, aun cuando se trate de un pliego general.

En otro sentido, contar con un pliego general para todas las jurisdicciones que contraten obras públicas presentará, entre otras, la ventaja de uniformar decisiones de la Administración, pues extenderá sus prácticas a ciertos organismos que aplicaban pliegos que contenían procedimientos de dudosa legalidad o que generaban prácticas abusivas por parte de las autoridades. Esto permitirá a los operadores jurídicos mayor previsibilidad y seguridad jurídica, en tanto fomenta al establecimiento de condiciones de contratación estables y públicas⁴¹.

³⁹ Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Las raíces de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos Res Publica Argentina, Ediciones RAP, 2007, pp. 76-80; REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 149-151

⁴⁰ DRUETTA, Ricardo T., "Introducción de competencia efectiva entre operadores económicos en el mercado de la contratación pública", *Revista de Derecho Administrativo*, septiembre de 2004, p. 595 (ED-DCCLXVI-474).

⁴¹ NINO, Carlos, *Un País al Margen de la Ley*, 2ª ed., Buenos Aires, Emecé Editores, 1992, p. 39.

Cabe esperar que la práctica reiterada de la Administración y las interpretaciones que de dicho pliego efectúen la Oficina Nacional de Contrataciones, la Procuración del Tesoro de la Nación, entre otros servicios jurídicos del Estado, colaborarán en el tiempo a dotar a la contratación de obras públicas mayor previsibilidad, en la medida que deban interpretar sus conceptos e ir eliminando las ambigüedades o contradicciones que se presenten en su aplicación frente a casos particulares.

E) LAS PAUTAS DE INELEGIBILIDAD E INHABILIDAD
PARA SER CONTRATISTA DE OBRAS PÚBLICAS, COMO MEDIO
DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS Y LA LUCHA CONTRA
PRÁCTICAS CORRUPTIVAS

Estrictamente vinculada a la transparencia en la contratación pública y la actividad administrativa en la gestión de estos contratos, se introdujeron con el decreto 1169/18 nuevas pautas de inelegibilidad e inhabilidad para ser contratista de obras públicas del Estado Nacional, que complementan las prohibiciones de contratación previstas en los artículos 10⁴² y 28⁴³ del decreto 1023/01.

⁴² El art. 10 del decreto 1023/01 prevé que es causal de rechazo sin más trámite las propuestas u ofertas que, en cualquier estado de la licitación, o de rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva para hacer valer una influencia a fin de que un funcionario o empleado haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Son considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.

⁴³ El art. 28 del régimen de contrataciones vigente de la Administración Nacional -decreto 1023/01- (inc. c, art. 2.4 PUCG) describe siete causales de inhabilidad para ser contratista: a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados

Antes del dictado del art. 5° del decreto 1169/18 el régimen de obras públicas carecía de una regulación específica sobre estos aspectos, por lo que era necesario acudir a los artículos 10 y 28 del decreto 1023/18, que enumeran ciertas reglas generales de prohibición para contratar. Ahora bien, estas nuevas causales del decreto 1169/18 son específicas para la contratación de obras públicas y concesión. Sin embargo, en modo alguno suprimen las causales del régimen general, sino que, se complementan, por lo cual, deben ser interpretadas en su conjunto y concordantemente⁴⁴.

El artículo 5° del decreto 1169/18 prevé que debe evaluarse la idoneidad del oferente en oportunidad de analizar las ofertas, e identificar si se configura alguno de los supuestos de exclusión tipificados en la norma⁴⁵. Se tratan, en síntesis, de supuestos que

2. y 3. del inciso b) del artículo 29 del presente. b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188. c) (Inciso derogado, art. 19 de la Ley N° 25.563, B.O. 15/2/2002). d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena. e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción. f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales. g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 24.156. h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (art. 44 de la Ley N° 26.940 B.O. 2/6/2014);

⁴⁴ Los supuestos desarrollados en ambos regímenes normativos se reiteran en algunos casos y superponen. La originalidad del decreto 1169/18 es establecer un decálogo y preveer algunas herramientas específicas para poder identificar la violación a los principios de concurrencia y transparencia y penar a los contratistas u oferentes.

⁴⁵ El artículo 5° del decreto 1169/18 prevé como conductas reprochables que determinan la inhabilidad para ser contratista del Estado en la licitación en

deniegan el acceso a la contratación pública a aquellos oferentes que incurran en conductas que pretenden simular la competencia, incurrir en un fraude en la licitación, cartelización o incurran en actos que obstruyan la concurrencia o presenten antecedentes que admitan “sospechar razonablemente” de la comisión de alguna de las modalidades contrarias a la concurrencia.

Llamativamente el decreto 1169/18 sugiere que los supuestos de exclusión no son en desmedro de otros que puedan establecerse en la documentación licitatoria o de la normativa aplicable, lo que en definitiva sugiere que el decálogo pueda ser ampliado a otras circunstancias subjetivas y objetivas no previstas. No compartimos el criterio expuesto, en la medida que resultaría controvertido extender las exclusiones a nuevos supuestos no contemplados en la norma expresamente en la medida que ello atenta contra la concurrencia y el principio de legalidad, en el caso que se prevean exigencias desmedidas u orientadas a disponer mayores exclusiones que no ofrecen mayores garantías.

Dentro de los requisitos esenciales para contratar con la Administración aparecen entonces, condiciones subjetivas de capacidad y solvencia moral de los oferentes, a los que se suman

curso y su consiguiente exclusión del Registro de Contratistas de Obras Públicas que para el caso que se presenten integrantes de empresas no habilitadas para contratar con la Administración nacional; existan indicios o se presuma que se hayan coordinado acciones de colusión, simulación de competencia o concurrencia; se corrobore la existencia de sanciones judiciales o administrativas dentro de los tres años anteriores por conductas anticompetitivas; incumplimientos contractuales anteriores; se trate de personas jurídicas con condena firme en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención de la OCDE para *Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* (en adelante abreviada, “Cohecho Internacional”); personas humanas o jurídicas inhabilitados por el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BMD), por conductas o prácticas de corrupción contempladas en la Convención precedentemente citada.

aquellas reglas propias que le imponen a la administración especial diligencia, en cuanto es garante de los fines públicos que se propone y gestora de fondos públicos

La aplicación de estas limitaciones a la contratación, en orden a excluir de la selección a concursantes, es exigida por principios de transparencia, igualdad y seguridad jurídica, especialmente porque la celebración de este tipo de contratos con la Administración supone el reconocimiento de cierta garantía directamente relacionada con la realización de una obra que afecta el interés público.

Estas circunstancias subjetivas y objetivas contempladas implican una privación o restricción al derecho de los ciudadanos a participar en los procedimientos de selección, con el propósito de obtener la elección de un contratista que asegure el cumplimiento del interés público, de los principios de buena administración y transparencia en la contratación y ejecución posterior, o al menos mínimamente, excluya a quienes probadamente se han conducido de forma reprobada o no ofrezca la idoneidad moral esperada.

Como podrá advertirse de la enumeración de las restricciones a la concurrencia, contienen una serie de prohibiciones basadas en presupuestos de hecho muy heterogéneos y que no responden a las mismas causas. En algunos casos se vinculan a la comisión cierta de delitos penales o infracciones administrativas, e incluso bajo ciertas circunstancias, es admitida la mera comprobación de la existencia de indicios que hicieran presumir -por su precisión y concordancia- la comisión de las conductas reprochables. En otros, el presupuesto es ajeno a la existencia de un delito o falta administrativa, como puede ser el supuesto de estar incurso en estado de falencia, carecer de inscripción vigente en el Registro de Constructores, sea cual fuere su causa.

Sin perjuicio de la marcada variedad de supuestos muy disímiles, todos responden a la necesidad de exigir a quienes pretendan ser contratistas del estado que reúnan un mínimo nivel de idoneidad técnica, financiera y moral, tanto en oportunidad de la

fase inicial de la contratación, como con posterioridad, durante toda la ejecución y conclusión del contrato.

Las prohibiciones para contratar tienen como fundamento, privar a ciertas situaciones personales del administrado el acceso al contrato, con el objeto de eliminar (o reducir) riesgos en la contratación. Esta precaución resulta razonable y necesaria en la etapa de admisión de los interesados, no obstante, no representa una garantía plena de cumplimiento posterior de los contratos, aun cuando se exija mantenerse la condición subjetiva y objetiva de elegibilidad durante la ejecución, ni concurra una causal de prohibición.

En consecuencia, nos encontramos frente a un instituto de carácter preventivo establecido con el objeto de tutelar el interés general, que limita la opción de la Administración a contratar con determinados sujetos incursos en circunstancias subjetivas y objetivas previamente establecidas por la norma con carácter general. Al restringir un derecho, las conductas deben ser interpretadas restrictivamente, sin que sea admisible por analogía, extenderse la prohibición a otros supuestos no enumerados expresamente en la norma.

Esta prohibición se presenta como una verdadera supresión del derecho a concurrir al proceso de selección del contratista (según sea el supuesto, de carácter temporal) y no como una mera limitación al ejercicio de un derecho. Es decir, los sujetos que están incursos en alguna de las limitaciones dispuestas por la norma carecen de derecho a contratar con la Administración.

En definitiva, podrán ser contratistas de obra pública las personas que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera, técnica, moral y no se hallaren incursos en alguna de las prohibiciones de contratar que se establecen, pues de lo contrario, la adjudicación de un contrato en violación de los supuestos comprendidos será reputada nula.

F) LA SUSPENSIÓN DEL REGISTRO DE CONTRATISTAS. LA DECLARACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

El artículo 6° del decreto 1169/18 (Anexo II), incorpora el régimen sancionatorio aplicable para los contratistas de obras públicas y califica las conductas de los oferentes, adjudicatarios y contratistas del Estado que se reputan reprochables o incurso en prácticas prohibidas, tanto en el proceso de selección, como durante la ejecución del contrato, conforme a las figuras que se describen en el artículo 5° de la misma norma. Las sanciones establecidas son dos, el apercibimiento y la suspensión del Registro de Contratistas, y según la gravedad de la falta, ésta última puede ser declarada por el término máximo de un año o de un plazo mayor y hasta cinco.

En orden a describir los supuestos de suspensión y declaración de la inhabilidad para ser contratista es posible agruparlos en cuatro categorías de estudio. Ellas son básicamente: a) faltas imputables que pueden verificarse en el proceso de selección; b) incumplimientos dolosos a los deberes de información; c) incumplimientos que por su gravedad en la ejecución de los contratos determinen la prohibición de contratar y, por último, d) que se verifique que el oferente o contratista esté incurso en alguna de las causales de inelegibilidad previstas en el art. 5° del decreto 1169/18.

El decreto 1169/18 distingue distintas sanciones penales e infracciones administrativas y maniobras prohibidas que acarrearán la suspensión de la certificación que expide el Registro de Constructores y la consecuente prohibición de ser contratista de la Administración. Se tratan de causales vinculadas a la comisión de infracciones administrativas y delitos penales que se asocian a riesgos en la gestión de los contratos públicos, lo que supone un juicio de hecho sobre figuras penales y sanciones administrativas que determinan una restricción a la concurrencia.

El diseño de los supuestos de inelegibilidad y las sanciones que acarrearán la verificación de las conductas reprochadas tiene por miras tutelar el interés legítimo de la Administración a escoger con quién contratar (en este caso, desechar a quien carece de un estándar mínimo de solvencia técnica y moral), pues, al margen de la eventual condena penal o sanción administrativa que se

haya verificado, aquí se exige al contratista que esté exento de una condena, e incluso bajo ciertos supuestos, la mera sospecha de haber incurrido en alguna de las faltas enumeradas en el art. 5 del decreto 1169/18. Con miras a dicho objetivo, el texto de la norma enumera variadas figuras delictivas y sanciones administrativas que son susceptibles de generar desconfianza en la honradez de los contratistas y, consecuentemente, determinan prudentemente a la Administración a abstenerse a proceder a la contratación con dichos sujetos durante un término determinado.

La condición subjetiva y objetiva de la calidad y capacidad de los proponentes nace con la presentación de la oferta. En consecuencia, será ese el momento propicio para verificar si el oferente está incurrido en alguna de las causales previstas en el art. 5° del decreto 1169/18 o que acontece alguno de los supuestos del art. 10 del decreto 1023/01 para calificar si el proponente es un sujeto elegible. Por el contrario, de advertirse que el oferente es inelegible y, aun así, se presentó a un procedimiento, está prevista la aplicación de una sanción “ejemplificadora” de suspensión para contratar por un plazo mayor a un año y hasta cinco años (último párrafo, art. 5 y art. 2.4 del inciso b. del art. 1 del Anexo II).

Ahora bien, en caso de que sobreviniera la condición luego de presentada la oferta, pero con posterioridad a la calificación de los oferentes, también le será legítimo a la Administración valorar la inelegibilidad del sujeto proponente⁴⁶.

En ese sentido, el artículo 2.2, inciso b) del artículo 1° del Anexo II admite que se aplique una sanción de suspensión para contratar de verificarse que el “*oferente, adjudicatario o cocontratante hubiere incurrido en las conductas descritas en el art. 10 del decreto 1023/01*”, por lo cual, es de interpretar que sin perjuicio de los efectos sobre el contrato que la comisión de la conducta determine, se reconoce que una vez verificado, en cualquier instancia,

⁴⁶ Sobre este aspecto la norma no es muy clara al precisar hasta qué momento puede valorarse si el oferente está incurrido en alguna de las causales de inelegibilidad.

el cocontratante o adjudicatario también será pasible de la aplicación de la sanción correspondiente.

III. CONCLUSIONES

El régimen de contrataciones de obras públicas y concesiones de obras públicas no se ha visto ajeno al impacto de las investigaciones penales acontecidas, las que demuestran con crudeza la profunda debilidad de los sistemas de control de la administración y la complicidad de distintos actores de la sociedad.

La diversidad y variedad de los institutos descriptos precedentemente dan nota de las múltiples facetas que presenta la corrupción y el rol central que adquiere para el derecho público y los distintos cambios normativos que se generaron para intentar abordar este problema desde distintos ángulos⁴⁷. De ello también resulta evidente que la “lucha contra la corrupción”, abarca medidas llevadas a cabo por distintos poderes del Estado, que involucran cuestiones tan disímiles como la creación y modificación legislativa de delitos, el establecimiento de organismos especializados para la investigación de ciertos hechos o las medidas de prevención y control a nivel administrativo⁴⁸.

Los distintos institutos descriptos que se incorporaron al régimen de contrataciones de obras públicas y concesión de obras públicas dan un paso importante en revalorizar la acción de la Ad-

⁴⁷ PONCE SOLÉ, Juli, “Transparencia y buen gobierno”, XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10-13 de noviembre de 2015.

⁴⁸ Cfr. SPANO TARDIVO, Pedro, “El principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración”, *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, núm. 1, enero-junio 2016, pp. 225-267. DOI: <<https://doi.org/10.14409/aada.v0i15>>.

ministración Pública nacional en la lucha contra la corrupción y perseguir una administración transparente de los bienes públicos.

En ese sentido, está fuera de toda controversia que la incorporación de técnicas de gobierno abierto en la gestión, la aplicación de nuevas tecnologías a los procedimientos de contrataciones, la ampliación de los espacios de participación y publicidad de las acciones de gobierno en la gestión de los contratos, la extensión de la responsabilidad penal a las sociedades que contratan con la administración y la incorporación de nuevas pautas para la valoración de prácticas prohibidas son herramientas que contribuyen a reducir aquellos ámbitos que son propicios para el desarrollo de conductas anticompetitivas y corruptoras de la gestión contractual, en este caso, de la obras y concesiones públicas.

Ahora bien, la experiencia reciente ha demostrado que el éxito de las políticas de transparencia depende en buena medida del comportamiento ético de los funcionarios y los distintos actores involucrados⁴⁹.

El decreto 1169/18 no ha trazado sin embargo un cambio radical en el diseño de los mecanismos para ejercer el control de la idoneidad técnica y moral de los eventuales oferentes, consultores y empresas contratistas de obras y concesiones públicas, pues no innova sustancialmente en el sistema registral que se promueve.

En los repertorios que hace público la Oficina Nacional de Contrataciones no se informa en la actualidad ningún precedente de aplicación concreta de sanciones de suspensión e inhabilidad de contratistas de obras o concesiones públicas por aplicación de este nuevo régimen a cinco años de su entrada en vigor. En atención al tiempo que ha estado en vigencia el decreto 1169/18, es de preverse que los resultados de los cambios implementados se puedan valorar luego de una práctica más extendida y sostenida.

⁴⁹ Cfr. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y la buena administración*, Madrid, Editorial Reus, 2012, pp. 4-35.

La reforma de la administración dentro del sistema democrático implica necesariamente un esfuerzo permanente de adecuación de todos los Gobiernos en miras de satisfacer las necesidades e intereses de los ciudadanos y muy especialmente en la promoción de mejores condiciones de vida que permitan el desarrollo personal, el ejercicio de la libertad y solidaridad de las personas. La implementación de mayores prácticas de transparencia y la sanción de conductas que conspiran contra la buena administración de los bienes públicos son herramientas activas que afirman dichos valores.

Es de esperar que las soluciones que se ofrezcan sobre la problemática abordada no respondan a la coyuntura circunstancial, y más bien, tengan por objeto perfeccionar los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho, así como, contribuir a la mayor transparencia y ejercicio ético de los bienes públicos.

