

BREVE CARACTERIZACIÓN DE LAS NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA*

Isaac Augusto DAMSKY (h)**

SUMARIO: I. *Reflexiones iniciales*. II. *Las modalidades de contratación pública a la luz de la incidencia de los procesos de internacionalización. Una breve reflexión*. III. *Data room. Caracterización de la figura*. IV. *Mecanismos de participación en la elaboración de la documentación contractual. Nuevas tendencias*. V. *Incorporación de las modalidades de contratación pública. Su compatibilidad o disfuncionalidad*. VI. *Encuadre del data room como modalidad de la elaboración participativa de normas*. VII. *Epílogo*.

I. REFLEXIONES INICIALES

Pensar las nuevas modalidades de contratación pública y discutir tanto sus contenidos como sus formas, es en gran medida una invitación a reflexionar el fenómeno de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos, y cómo ello ha trastocado las bases de sustentación —en especial de los sistemas de contrataciones públicas— no sin antes advertir que fuera el doctor Agustín Gordillo quien por vez primera enseñara a la audiencia argentina las intersecciones que la supranacionalidad comenzaba a producir sobre nuestros subsistemas *ius publicistas*; y con ello es también una invitación a reflexionar acerca de las identidades culturales y si-

* El autor agradece la valiosa colaboración como asistente de investigación a la doctora Laura Miranda, candidata al grado de master en derecho administrativo por la Universidad Católica Argentina.

** Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro de Jóvenes Administrativistas de la referida Asociación Internacional.

militudes que presentan nuestras tradiciones jurídicas latinoamericanas enmarcadas en el proceso de integración comunitaria.

A su vez, reflexionar acerca de esta problemática es también brindarnos la posibilidad de revisar, en un espacio común y situado, la errática evolución de las categorías mediante las cuales se estructuró el ordenamiento jurídico que imperó, en nuestras realidades latinoamericanas, durante el siglo XX.

Enmarcados dentro de estos ejes es que me propongo abordar las nuevas modalidades de contratación pública, no sin antes aclarar que una reflexión extendida sobre las pautas de reconstrucción de la arquitectura jurídica latinoamericana, nos excede en mucho el marco del presente trabajo.

II. LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LA LUZ DE LA INCIDENCIA DE LOS PROCESOS DE INTERNACIONALIZACIÓN. UNA BREVE REFLEXIÓN

Para comenzar y tomando como punto de inicio de mi reflexión la caracterización realizada —en nuestro derecho— por el profesor Maizal,¹ respecto de la modernización y desarrollo de nuevas alternativas de contratación de bienes y servicios, con motivo del reciente dictado de las normas regulatorias de la iniciativa privada y la asociación público privada (Decretos del Poder Ejecutivo Argentino núms. 966 y 967 de 2005) diré que las nuevas técnicas para la contratación administrativa poseen un denominador común: el desplazamiento del poder estatal, tal como lo conocimos y la reducción del Estado nación a un sujeto más entre los varios operadores jurídicos y económicos de los mercados de las contrataciones públicas.

Así, advierto que en términos habermasianos,² no son tanto las simples economías nacionales las que están insertas dentro de las fronteras de los Estados sino que son los Estados los que se encuentran insertos en los mercados. Y ello trae como consecuencia que el peso determinante de los procesos económicos y en particular de los financieros, que constituyen su fuerza pujante, haya transformado a los actores económicos transnacionales en poderosos competidores de los Estados nacionales, abatiendo barreras nacio-

1 Mairal, Héctor, “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, *RAP*, Buenos Aires, pp. 209-228.

2 Al respecto remito a Habermas, Jürgen, *Mas allá del Estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

nales y abriendo nuevos mercados y reservándole a los actores políticos la tarea de recrear las tradicionales garantías de seguridad jurídica propia del Estado nacional; a lo que se sigue la verificación de que los Estados nacionales se están configurando como simples modalidades transitorias de la organización y de la reglamentación en el campo económico, sin alcanzar a regular o controlar por sí solos sus propias economías nacionales.³

Resulta evidente que los vínculos producidos por los mercados financieros globales rechazan la autonomía y los márgenes de acción de los actores estatales, con el consecuente efecto deslegitimador de las instituciones domésticas. En mi opinión, este es el contexto en el que se inscribe la contratación administrativa y a partir del cual se desarrollan las nuevas modalidades.

Así, se trata de evidenciar el delineamiento de un marco general que ve en los reguladores impersonales del mercado, factores que condicionan cada vez más intensamente a los Estados para gestionar en forma autónoma a sí mismos. Aparece entonces una soberanía estatal fuertemente cuestionada por los sistemas de poder económico de nivel regional y global como consecuencia de la difusión de un sistema emergente de *global governance* que altera la forma y dinámica de aquellos, de tal suerte que la legitimidad estatal queda comprometida (minada) por la progresiva expansión de fuerzas económicas transnacionales, enmarcadas en una creciente interdependencia global, que somete a los Estados nacionales a crecientes presiones direccionadas hacia una sociedad de derecho privado.⁴

Presentada, muy brevemente, la cuestión de cómo las nuevas modalidades de contratación pública se enmarcan y, a su vez, constituyen una derivación necesaria —o acaso forzosa— de los procesos de globalización económica, desterritorialización e internacionalización jurídica, fácil es comprender los justificantes que determinan que a modo de notas distintivas de este nuevo escenario, puedan sobresalir el carácter privado de los fondos que usualmente se utilizan para pagar a contratistas y proveedores del Estado.

Yendo al tema que nos ocupa advertimos que la problemática expuesta se verifica a poco que reparemos en la estructuración de al menos tres nuevas modalidades de contratación pública. Mencionamos las siguientes:

³ *Cfr.* Sostiene el profesor Greblo, Eduardo, *Globalización, democracia y derechos*, Madrid, Nueva Visión, 2005.

⁴ *Cfr. idem.* Asimismo se sugiere ampliar en Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida* y en Twining, William, *Derecho y globalización*.

1. La financiación de proyectos: en el cual el repago de esa financiación proviene de la explotación del mismo proyecto.
2. El *leasing* público: en el cual el pagador es el Estado debido o bien a ser el único usuario o por tomar a su cargo los pagos liberando de ellos a los usuarios.
3. La asociación público privada: cuya nota distintiva no es tanto la financiación privada de proyectos cuanto el nivel de intervención o involucramiento de los sujetos privados en la co-ejecución de emprendimientos públicos.

Siguiendo la caracterización del autor citado,⁵ los presentaré a continuación:

En primer lugar, la técnica de la financiación de proyectos, o conocida por el anglicismo *Project finance*, consiste en financiar la construcción y la puesta en funcionamiento de emprendimientos de infraestructura o provisión de servicios, con recurso principal o total limitado al producido de la operación de la obra o instalación.

Esta modalidad permite, a quien financia el emprendimiento, la recuperación del capital y margen de utilidades del flujo de fondos resultante de la operación del mismo proyecto, asociándose en definitiva la suerte del repago con el éxito del proyecto. El financista es acreedor del proyecto, no así del accionista, toda vez que el repago del financiamiento no se realiza contra el balance de este último —y de allí la denominación *off-balance sheet financing*— sino contra el flujo de fondos generado por el proyecto.

Lo expuesto supone que, al no ser deudor el Estado sino que por el contrario, al permitirse reemblozarse a los inversores a través de un flujo de fondos proporcionado por los usuarios se reemplaza el llamado riesgo soberano por una suerte de riesgo comercial.

Se ha sostenido que la clave del éxito y la financiabilidad de un proyecto se concentra en la previsibilidad y estabilidad de las reglas del juego, y de allí, la renuencia de este tipo de contratos a tolerar las prerrogativas de rescate y revocatoria por razones de oportunidad.⁶ Ello es así toda vez que el

⁵ Mairal, Héctor, *op. cit.*, nota 1.

⁶ Aguilar Valdez, Óscar R., “Contratación administrativa y financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas”, *La Ley*, Buenos Aires, 2003, p. 16.

ejercicio de las prerrogativas mencionadas provocan la frustración de obtener el reembolso de la inversión realizada.

En el ámbito nacional esta técnica ha sido receptada a través de la concesión de obra pública para la construcción de autopistas a través de peaje, regulado por la Ley 17.520.

En segundo término, la modalidad del *leasing* público suele proyectarse para atender aquellos emprendimientos que generalmente no suelen o no pueden ser sufragados con los pagos de los usuarios, como por ejemplo, el caso de la construcción de complejos de salud pública y establecimientos de educación pública.

En estos supuestos se verifica el caso de financiación privada, con cargo por parte del Estado de devolución, de los fondos invertidos y sus acrecidos.

La devolución se producirá entonces de manera paulatina mediante el pago de un cánon.

Luego, la obra podrá pasar de inmediato a incorporarse al dominio público Estatal o a la finalización del contrato o cumplimiento del cronograma de pagos.

En esta modalidad se advierte una estructuración contractual que exorbita, supera o excede a las formas tradicionales de locación de obra y contrato de obra pública.

En nuestra doctrina, autores como Mairal resaltan las ventajas de esta figura, fincadas en las supuestas ventajas de esta figura que le permite al Estado postergar sus desembolsos hasta que comience a utilizar la obra.

Entre las experiencias de esta figura en el ámbito nacional, puede mencionarse el Decreto de Necesidad y Urgencia 1299/2000⁷ —reglamentado por el Decreto 228/2001— que luego de crear el Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, como un patrimonio de afectación en el ámbito del Ministerio de Infraestructura y Vivienda, cuyos recursos se afectarían para garantizar los pagos a cargo de los entes contratantes en los contratos por ellos suscriptos,⁸ estableció que el ente contratante podría recurrir al contrato de *leasing* o locación con opción de compra conforme la Ley 25.248.

En sentido similar, en el ámbito provincial la Ley 12.511 de la Provincia de Buenos Aires creó un Fondo Fiduciario para el Desarrollo del Plan de

⁷ Al que adhieren la Provincia de La Pampa por Ley 1935; la Provincia del Chaco mediante Ley 4860, la Provincia de Chubut por Ley 4694, entre otras.

⁸ Asimismo previó que el patrimonio del fondo quedaría irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos.

Infraestructura Provincial, cuyo objeto era financiar la ejecución de obras y emprendimientos en el ámbito de la Provincia, así como promover la participación privada en la construcción, mantenimiento, operación y financiamiento de las obras públicas autorizadas por la misma. En lo que aquí interesa, estableció que el Fondo Fiduciario podría financiar al Poder Ejecutivo, organismos y entes del Estado Provincial, quienes desarrollarán por sí o por terceros, el diseño, construcción, mantenimiento, operación y financiamiento de obras y servicios, mediante convenio o contratos bajo la forma de *leasing* o locación con opción de compra u otra figura contractual prevista en el derecho público nacional y/o Provincial o del derecho privado.

Otro ejemplo está dado por el Decreto 1658/96 por el que se llamó a la licitación Pública Nacional e Internacional para la contratación de la elaboración del proyecto y la construcción de un establecimiento carcelario por el sistema “llave en mano”, financiados íntegramente por el contratista, a su solo riesgo, a ejecutar en predios de la localidad de Ezeiza, que el Estado nacional transmitiría en dominio fiduciario; y el ulterior alquiler con opción de compra de dichos inmuebles a favor del Estado nacional, para su afectación al uso del Servicio Penitenciario Federal.

En tercer lugar, la asociación público privada es de cuna anglosajona y en su lengua de origen se denomina *public private partnership*, pero también es conocida como *private finance initiative*, en este segundo caso para diferenciarla del anterior, respecto de aquellos supuestos que cuentan con financiación privada. Y difundida a la cultura jurídica francesa, se denomina *contrats du partenariat*.

Como lo ha señalado Aguilar Valdez, entre los diversos significados atribuidos a dicha figura, que en su sentido más amplio comprende cualquier forma de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, cabe precisar su definición delimitándola a la forma de colaboración de los sectores público y privado que tiene por objeto implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta; lo que supone la distribución de los riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte. Acotándolo aún más, constituirían las relaciones entre el gobierno que contrata con el sector privado para que lo prevea de servicios en un proyecto de infraestructura con una adecuada distribución de riesgos y beneficios para las partes asociadas.⁹

⁹ Aguilar Valdez, *op. cit.*, nota 6.

Se ha dicho, asimismo, que esta modalidad consiste en la tercerización total o parcial de emprendimientos —y en su caso— proyectos de infraestructura pública o servicios públicos o de interés público, tradicionalmente asumidos por el Estado, para su desarrollo en asociación con actores privados.

Para caracterizar el objetivo de esta modalidad podría decirse —siguiendo las presentaciones de la doctrina argentina citada— que esta estructura intenta lograr una muy estrecha intervención de fuertes actores del sector privado en dos etapas que hasta entonces resultaban exclusivas de la acción estatal. Son las siguientes:

1. El diseño del emprendimiento y la elección de alternativas de ejecución de la obra o prestación de servicios, y
2. El mantenimiento del emprendimiento y la operación de la obra construida.

Así, vemos que en esta modalidad el Estado seleccionará las propuestas tomando en cuenta las ventajas o desventajas de las alternativas y sistemas de ejecución ofrecidos por los competidores.

En Argentina, pueden citarse algunos antecedentes de las modalidades asociativas tales como la Ley 25.943 de creación de ENARSA (Energía Argentina S.A.) que admite la posibilidad de que esta sociedad cumpla su objetivo —generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica— por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros. Asimismo se ha utilizado para desarrollar proyectos en la ex YPF en materia petrolera o con determinadas sociedades del Estado provinciales en materia de exploración y explotación de recursos mineros.

Recientemente, como se adelantará, el Decreto 967/2005 aprobó el Régimen Nacional de Asociación Público-Privada.

Paralelamente a la aparición del decreto mencionado, fue regulado el instituto de la Iniciativa Privada mediante Decreto 966/2005. Con anterioridad de su sistematización en este Decreto, la iniciativa privada estaba prevista en diversas disposiciones normativas. Así la preveían los términos de la Ley 17.520 —en el marco de las concesiones de obras públicas—, modificada por su similar 23.696. Su decreto reglamentario 1105/1989,¹⁰ establecía

¹⁰ Artículo 58 incisos l) a n), agregados por el artículo 1o. de su similar núm. 635/1997.

la posibilidad de presentación por parte de los particulares de proyectos a través de la modalidad de iniciativa privada, cuyo objeto fuera el desarrollo del proyecto y la ejecución de obras. En dicho marco, por ejemplo, el 704/2005 declaró incluida en el régimen mencionado a la iniciativa presentada por la UTE compuesta por Nestor Emilio Otero, Emepa S. A. y Ferrovias S. A. concesionaria, para la construcción, gerenciamiento, administración y explotación integral de la nueva Terminal Multimodal de Pasajeros Ferroautomotor en la ciudad de Mar del Plata, declarándola de interés público.

También habiéndose declarado de interés público la reconstrucción, refuncionalización y puesta en servicio del Ferrocarril Trasandino Central, ramal ferroviario a correr entre las ciudades de Mendoza y Los Andes (República de Chile),¹¹ mediante el Decreto 678/2003 se declaró incluida en el régimen establecido por los incisos l) a n) del artículo 58 del Decreto 1105/1989, a la iniciativa presentada por la Empresa Tecnicagua S. A. I. C. A., tendiente a la realización del estudio de factibilidad técnico económico y los estudios de ingeniería conexos, para la construcción, operación y mantenimiento de un servicio internacional de transporte ferroviario de cargas y pasajeros que vincule los puntos mencionados. A su turno, mediante el Decreto 176/2005 se declaró de Interés Público dicha iniciativa privada y contemplando a tal efecto lo previsto por el Decreto 966/2005 —ya en vigencia—, por Resolución 589/2006 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios se aprobaron el Pliego de Condiciones Generales y Particulares para el consecuente llamado a licitación.

El marco de aplicación de la iniciativa privada fue posteriormente ampliado a todos los procedimientos de contratación con el Decreto 436/2000.

Ya en el marco del régimen del Decreto 966/2005, por Decreto 248/2006 se declaró de Interés Público el objeto de la propuesta presentada por las empresas Corporación América S.A. y Helpport S.A., consistente en la construcción, mantenimiento, administración y explotación en concesión de un tramo de la actual Ruta Nacional 8, comprendido entre las ciudades de Pilar y Pergamino (denominada Autopista Pilar-Pergamino). Asimismo se le reconoció a las empresas como autoras de la iniciativa privada, los derechos previstos en los artículos 8o., 9o. y 10 del Anexo I del Decreto 966/2005. Posteriormente, por Resolución 591/2006 del Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios se determinó la Licita-

¹¹ Por Decreto 1650/2002.

ción Pública Nacional como modalidad de contratación, se instó el llamado a Licitación Pública Nacional y determinó la organización a través del Órgano de Control de Concesiones Viales, la Comisión de Adjudicación a los fines de la consecución y seguimiento del llamado.

III. *DATA ROOM*. CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA

En las modalidades contractuales sintéticamente desarrolladas en los puntos anteriores, suelen utilizarse mecanismos como el *data room* para agilizar la discusión con los potenciales oferentes sobre el diseño de los proyectos, a partir de anteproyectos iniciales formulados por el Estado o de iniciativas privadas.

El *data room* es una ronda de consultas donde los interesados en un proyecto se intercambian información sobre la factibilidad del mismo.

También, a través del *data room*, los interesados de un proyecto pueden consultar y evaluar toda la información referente al mismo, como realizar observaciones y presentar mejoras al proyecto, las cuales quedarán sujetas a la recepción por parte de quien realizó la convocatoria al *data room*.

El doctor Gordillo¹² ha caracterizado al *data room* —banco de archivo de datos— que consiste en que la administración convoque públicamente a los interesados, no a presentar oferta, sino a estudiar la documentación que pone a disposición de los mismos y proponer modificaciones o aclaraciones a los pliegos de la licitación y el contrato. Esto implica introducir los principios de publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato.

De este modo, —asegura—, todos los interesados, avisados por la publicación en el *Boletín Oficial* tienen la oportunidad —en condiciones de igualdad y competitividad— de acercar sus sugerencias..., lo que permite a la administración estudiar todas las objeciones y propuestas y mejorar el llamado a licitación.

¹² Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, 3a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. 2, p. XII-26.

El mecanismo de *data room*,¹³ proveniente del sistema de *notice and comments* propio del *rulemaking process* del derecho norteamericano,¹⁴ ha sido frecuentemente estructurado en base a las siguientes etapas:

1. Convocatoria a *data room* para el análisis del proyecto y aprobación de un reglamento operativo y un cronograma.
2. Inscripción, por parte de potenciales oferentes y posterior suscripción de un convenio de confidencialidad, de objeto y vigencia temporal limitada a la celebración del *data room* y, sujeto a las modalidades establecidas en el reglamento operativo.
3. Coordinación, de la autoridad convocante con los inscriptos, el acceso al centro de información.

A ello se sigue luego:

4. La apertura de *data room*.
5. La celebración de una etapa de revisión y estudio de la información.
6. La recepción de presentaciones de especialistas con relación al proyecto y reuniones informativas.
7. La posterior recepción de posiciones, por parte de los participantes, de consultas y aclaraciones que deseen efectuar respecto de cuestiones vinculadas con el proyecto y su consecuente devolución a los participantes.
8. Y finalmente, el mecanismo culminará con la presentación final de propuestas, la que tendrá por objeto someter alternativas de desarrollo de un proyecto, a consideración de la autoridad convocante, para que ésta, una vez efectuadas las modificaciones y aclaraciones que considere pertinente, elabore el proyecto definitivo.

¹³ Según el *Blacks Law Dictionary*, Data: Organized information generally used as the basis for an adjudication or decision. Commonly, organized informations, collected for specific purpose.

¹⁴ En derecho administrativo, rulemaking refers to the process that executive agencies use to create, or *promulgate*, regulations. In general, legislatures first set broad policy mandates by passing laws, then agencies create more detailed regulations through *rulemaking*. By bringing detailed scientific expertise to bear on policy, the rulemaking process has powered the success of some of the most notable government achievements of the 20th century. For example, science-based regulations are critical to modern programs for environmental protection, food safety, and workplace safety. However, explosive growth in regulations have fueled criticism that the rulemaking process reduces the transparency and accountability of democratic government.

Esta herramienta ha sido utilizada asimismo en el campo del derecho privado, en el proceso de transferencia de un paquete accionario de control de una sociedad anónima bajo el procedimiento de licitación privada —internacionalmente conocida como *bidding procedure* o *auction porches*— o puja de ofertas.¹⁵ En este procedimiento concurren una parte vendedora y varias partes potencialmente compradoras, las que competirán entre sí para obtener la adquisición del paquete accionario.¹⁶ Se estructura en varias etapas,¹⁷ entre ellas, y a los efectos que aquí se analizan, se desarrolla en dos rondas de ofertas. La primera supone diversos actos:

1. Entrega a los potenciales compradores —seleccionados previamente, luego de una primera toma de contacto— del Infomemo que contendrá información relativa a la empresa en cuanto a su perfil, su mercado, planes de negocio y posibilidades económicas.
2. Establecimiento de las reglas de acceso y uso de la información contenida en el *data room* (establecimiento de horarios, solicitud de información adicional, obtención de copias de la documentación, etcétera).
3. Entrega a los potenciales compradores de las instrucciones para la primera ronda de ofertas y requerimiento a de una oferta preliminar no vinculante.
4. Presentación por los interesados de la primera oferta no vinculante (*first preliminary bid*).
5. Preparación por los interesados de la oferta definitiva.
6. Preparación de la ronda final de ofertas: confección del borrador de la carta de intención y del convenio de transferencia accionaria

¹⁵ La transferencia del paquete accionario también admite la modalidad de negociación directa —o tradicional— en la que desde un comienzo la parte vendedora y la parte compradora están claramente identificadas. El procedimiento se estructura en tres etapas: planeamiento interno de la transacción, las negociaciones contractuales y la conclusión del contrato y transferencia accionaria. Para mayor información puede consultarse Jiménez Herrera, Federico, “Estructuración de la transferencia de un paquete accionario de control”, La Ley 2002-C, 970.

¹⁶ Este sistema es considerado el medio que mejor garantiza la obtención del precio más alto para los vendedores, a la vez que supone significativos ahorros de tiempo y de esfuerzo.

¹⁷ 1. Planificación interna de la transacción y designación de asesores y preparación de la adquisición; 2. Inicio de las negociaciones de venta y sondeo de los interesados; 3. Primera ronda de ofertas; 4. Ronda final de ofertas; 5. Negociación de los términos contractuales definitivos y conclusión de convenio de venta. Jiménez Herrera, *op. cit.*, nota 15.

por los asesores de los accionistas vendedores, preparación del *data room*, preparación de un convenio de confidencialidad a ser suscripto por los empleados y los asesores legales y financieros designados por los potenciales compradores.

La ronda final de ofertas se desarrolla mediante los siguientes actos:

1. Selección de los candidatos que pasarán a la última ronda de negociaciones del proceso de ofertas.
2. Exposición del *Management Presentation* a los candidatos (información interna detallada de la compañía).
3. Acceso al *data room* para que los asesores de los candidatos seleccionados puedan proceder a realizar el *due diligence*.

En este contexto, el *data room* es el lugar físico (habitación, oficina, departamento, etcétera,) en el que se pone a disposición de los compradores la totalidad de la información y documentación necesaria para hacer la evaluación legal y económica de la empresa. En esta etapa, se ha considerado conveniente la firma de un nuevo convenio de confidencialidad. Se ha destacado asimismo que en este proceso, la conjunción de participación de diversos compradores, competencia y plazos breves, crean un marco propicio para la puja, que probablemente se traducirá en la obtención de un mejor precio.

4. Entrega de los borradores de la carta de intención que manifieste el compromiso moral de las partes respecto de llevar adelante las negociaciones para la transacción, y del convenio de transferencia accionaria.
5. Presentación de la oferta final irrevocable.
6. Selección del potencial o potenciales compradores con los que se negociarán las condiciones contractuales definitivas.
7. Suscripción de un nuevo convenio de confidencialidad para ingresar en las negociaciones contractuales finales.

Aplicación del data room en el derecho argentino

Si bien el *data room* no se encuentra suficientemente desarrollado en nuestro sistema jurídico, es posible verificar que diversas normas lo han previsto.

Es posible identificar experiencias que utilizan la herramienta del *data room* en los siguientes supuestos:

- Como un mecanismo de “consulta pública” de carácter no vinculante. Tal es el caso del régimen establecido en la Provincia de Buenos Aires a partir del Decreto 787/04, que al modificar el Reglamento de Contrataciones —Decreto 3300/72— incorpora la posibilidad de que el Poder Ejecutivo disponga de la publicidad de los Pliegos a fin de recabar eventuales objeciones y sugerencias. Dispone asimismo que las presentaciones efectuadas por los interesados no serán vinculantes, no obstante lo cual instruye a la autoridad competente a que haga pública su evaluación y las decisiones que adopte sobre cada presentación.

En el ámbito nacional, el Decreto 436/00¹⁸ —Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado nacional— estableció un mecanismo similar, esto es, la apertura de una etapa previa a la convocatoria para recibir observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares, cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifiquen. En dicho procedimiento se autoriza al organismo contratante, —amén de las presentaciones que se efectuarán por escrito— a convocar a reuniones para recibir observaciones al proyecto o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. La redacción del Pliego de Bases y Condiciones Particulares definitivo tendrá en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que el organismo contratante las considere pertinentes, a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios de igualdad entre interesados, de promoción de la concurrencia, de la competencia, de la transparencia y de la ética. Esta disposición fue posteriormente recogida por el artículo 8o. del Decreto Delegado 1023/01.¹⁹

- Como etapa de Convocatoria no vinculante con la licitación, en la cual los participantes tienen acceso a la información pertinente para el diseño, construcción, y mantenimiento de emprendimien-

¹⁸ Artículos 10 a 12.

¹⁹ El Decreto 1023/01 establece el régimen de contrataciones de la administración pública nacional.

tos de infraestructura o servicios. En estos casos, los potenciales oferentes, ponen en común ante la autoridad contratante propuestas para mejorar las condiciones de los pliegos.

- También lo encontramos formando parte de la primera etapa de proceso de selección en un Concurso Público. Tal el caso de la Resolución 814/1998²⁰ del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos por la que se convocó a Precalificación y Acceso al Archivo de Datos a los postulantes interesados en participar en el Concurso Público Nacional e Internacional para la ejecución de las obras en el Dragado de Apertura y Mantenimiento del Vaso Portuario y Canales de Acceso al Puerto de Buenos Aires y la Construcción y Mantenimiento de sus Obras Accesorias y Complementadas.²¹

Dicha Resolución organizó el concurso en dos etapas: a) Convocatoria a Precalificación y Acceso al Archivo de Datos y b) el llamado a Licitación. En lo relativo a la primera etapa,²² desarrolló el acceso de los postulantes precalificados a la Información de Detalle, el derecho a acceder al Archivo de Datos (*data room*) y a recibir oportunamente el anteproyecto técnico preliminar y el texto propuesto.²³

²⁰ *Boletín Oficial* 24/7/98.

²¹ El Decreto 357/98 —que dispuso las obras en cuestión serían otorgadas bajo la modalidad de la Ley 17.520, modificada por la Ley 23.696—, en cuyo marco se dictó la Resolución comentada, estableció que la autoridad de aplicación fijaría los criterios de ejecución de las obras, las que podrían desarrollarse en una o varias etapas, y en su caso, que el llamado a licitación a su respecto se efectivice mediante una convocatoria integral o en instancias separables. Asimismo estableció que el Pliego por el que se rigiera el llamado debería contemplar los mecanismos necesarios para evaluar las ofertas y seleccionar al concesionario dentro de un marco de transparencia, que permitiera a los proponentes la más amplia participación en el proceso y un acceso amplio a los estudios previos, información y documentación licitatoria.

²² Anexo I —Pliego de Bases y Condiciones de convocatoria a precalificación y acceso al archivo de datos—.

²³ En lo relativo al acceso al *data room*, ponderó el orden cronológico de precalificación y se reglamentó un mecanismo de consultas por escrito, respecto a cuestiones vinculadas con el procedimiento de la convocatoria, cuyas respuestas serían comunicadas mediante circulares a todos los postulantes precalificados. Estableció que las propuestas de los postulantes, en ningún caso generarían derecho o propiedad intelectual alguna, ni derecho a obtener situaciones preferenciales de cualquier orden dentro del procedimiento del llamado a licitación, en caso de ser receptadas en el texto definitivo.

Efectuada la etapa mencionada, establece que previa consideración de las propuestas realizadas por los postulantes precalificados, y efectuadas las modificaciones y aclaraciones que la Comisión considere procedentes, se formulará el texto definitivo,²⁴ el que resulta incluido dentro de los instrumentos correspondientes al llamado a licitación.

Asimismo, la Licitación Pública Nacional e Internacional para la precalificación de interesados en el desarrollo del Centro Judicial destinado a albergar la totalidad de los Tribunales Nacionales y Federales con sede en la ciudad de Buenos Aires, con excepción de la CSJN²⁵ —cuyo llamado fue luego dejado sin efecto por el Decreto 1468/97—, preveía una primera etapa que abarcaba una doble fase: la que correspondía a la preselección para el acceso a la Sala de Información-*data room*; y la comprensiva del procedimiento de precalificación, en la que los postulantes debían acreditar la capacidad técnica, patrimonial, económica y financiera para encarar un proyecto de la envergadura del que era motivo de la compulsa. Posteriormente, se convocaba a los precalificados en la primera etapa a presentar las ofertas correspondientes a la segunda etapa (etapa que no llegó a cumplirse en su totalidad).

También se utiliza el *data room* como una etapa de enriquecimiento de Pliegos —Proyecto— dentro de la primera etapa de selección en una concesión por peaje. Así, puede citarse el Decreto Nacional 425/2003 y la consecuente Resolución 60/2003 del Ministerio de Planificación de la Nación, en el que se recurrió al *data room* para licitar el otorgamiento de la concesión por peaje, de la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación —bajo el régimen de las Leyes 17.520 y 23.696—, de determinados Corredores Viales.

La Resolución 60/2003, tras efectuar el llamado a Licitación Pública Nacional con el objeto mencionado, aprobó los Pliegos de Bases y Condiciones Generales, y el Texto Propuesto del Contrato y Anexos (Pliegos de Condiciones Particulares y Pliego Técnico Particular de cada Corredor), encomendando a la Comisión de Concesiones fijar los procedimientos y participar como contraparte en la etapa de enriquecimiento del Pliego de Condiciones Particulares y de los Pliegos Técnicos Particulares de cada Corredor,

24 Si la Comisión decidiera introducir alguna modificación al Texto propuesto (Anteproyecto Técnico Preliminar y Texto Jurídico) podrá hacerlo antes de elaborar el texto definitivo, previa circularización entre los postulantes para que puedan efectuar propuestas a su respecto.

25 Pliego aprobado por Decreto 1071/1994.

y elaborar los textos definitivos para su consideración y aprobación por la autoridad de aplicación competente (delegando en la Secretaría de Obras Públicas). Al respecto, el Pliego de Bases y Condiciones Generales, establecía que durante el periodo establecido en el cronograma de la licitación para el funcionamiento del *data room* se efectuaría la consulta técnica, jurídica, económica y financiera del texto propuesto, periodo en el que los interesados, quienes hubieran completado su presentación inicial y los postulantes podrán efectuar por escrito propuestas a los documentos señalados.

Una vez culminado el procedimiento de *data room*, por Resolución 148/2003 de la Secretaría de Obras Públicas se aprobó el texto definitivo de los documentos señalados y acto seguido, por Resolución 149/2003 se aprobaron los listados de postulantes calificados en condiciones de ofertar y de postulantes no calificados.

Un mecanismo similar fue establecido a partir del Decreto 1/99 —si bien luego derogado por Decreto 1363/2004—²⁶ y la Resolución 27/99 de la Secretaría de Obras Públicas. El primero dispuso que la construcción, mejora, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de la Red de Accesos a la Ciudad de Mendoza sería otorgada bajo el régimen de Concesión de Obra Pública por Cobro de Tarifas o Peaje, y estableció que el Pliego de Bases y Condiciones contemplaría los mecanismos necesarios para evaluar las ofertas y seleccionar al concesionario dentro de un marco de transparencia que permita a los proponentes la más amplia participación en el proceso y acceso a los estudios previos, información y documentación licitatoria.²⁷ Consecuentemente, la Resolución mencionada luego de efectuar el llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional, y de aprobar el Pliego de Bases y Condiciones, creó la Comisión Especial de Licitación, uno de cuyos objetivos era conducir el archivo de datos o *data room* y posteriormente elaborar el texto propuesto y el texto definitivo a que hace referencia el Pliego de Bases y Condiciones para ser aprobados por la Secretaría de Obras Públicas.

²⁶ Derogado a raíz de la firma posterior de un Convenio con el objeto de realizar un estudio, proyecto y construcción de la obra Doble Vía en la ruta 40 Sur tramo Luján de Cuyo-Ugarteche, obra que con ajuste a los términos del acuerdo, correspondía ser efectivizada de acuerdo a las previsiones de la Ley Nacional de Obras Públicas 13.064.

²⁷ Ya en sus considerandos destacaba que el texto definitivo de los estudios de prefactibilidad que integrarían la documentación licitatoria, resultarían del análisis, evaluación y enriquecimiento a producirse durante la etapa de archivo de datos (*data room*).

Por último cabe citar el Decreto 650/97 por el que se autorizó al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a efectuar un nuevo llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional para contratar por el Sistema de Concesión de Obra Pública, la construcción, mantenimiento y explotación de la conexión física entre las ciudades de Rosario (Provincia de Santa Fe) y Victoria (Provincia de Entre Ríos). En su articulado determinó que en el procedimiento a llevarse a cabo para el otorgamiento de la concesión debería contemplar un mecanismo de calificación, *data room* y selección del concesionario, desarrollado en forma progresiva, en un marco de transparencia que permita la más amplia participación de los proponentes.

Como vemos, este sistema exige, por lo general, comparar ofertas disímiles dado que cada oferente en puja presentará su propia alternativa. La consideración de este extremo deja al descubierto algunos riesgos de déficits operativos provenientes de la distinta filiación de los sistemas de contratación pública del cual provienen estos mecanismos comentados.

Con respecto a la recepción del *data room* en la jurisprudencia argentina corresponde mencionar que, aunque esta figura no ha tenido amplia recepción jurisprudencial, ha sido traída a colación²⁸ —si bien *obiter dictum*—, como mecanismo tendiente a evitar los conflictos de futuras licitaciones ante la excesiva cantidad de impugnaciones de la que fue objeto la licitación implicada en el caso en el que el tribunal debió expedirse, y en general, en el contexto nacional.

IV. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL. NUEVAS TENDENCIAS

Dentro de las nuevas modalidades de contratación y en atención al rol que adquiere el sector privado —no sólo en la financiación de las infraestructuras sino que también producto de su involucramiento bajo modalidades asociativas— ha de producirse un cambio en el régimen de la contratación, principalmente, en la instauración de mecanismos de participación de los actores involucrados, máxime teniendo en cuenta que la envergadura y la complejidad técnica de las obras así pueden recomendarlo.

²⁸ 15/02/2000. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, Consur S.R.L. c. Municipalidad de Neuquén. Publicado en *La Ley* 2001-D, 75.

En tal sentido, las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI),²⁹ han previsto un mecanismo de consulta con los oferentes que fueran preseleccionados en un procedimiento de selección del concesionario.

En tal sentido, las disposiciones relativas específicamente a la selección del concesionario prevén que en el supuesto en que la autoridad contratante no considere factible describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente, el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas, una vez efectuada la preselección de los oferentes, la solicitud de propuestas a los mismos pueda realizarse en dos etapas.³⁰

En la primera etapa del procedimiento establece la posibilidad de que se solicite a los oferentes que presenten propuestas iniciales relativas al pliego y a las restantes cuestiones señaladas en el párrafo anterior. Ello puede estar motivado en que la autoridad contratante no haya podido elaborar detalladamente las cláusulas contractuales —máxime en los nuevos tipos de proyectos—, o que considere conveniente para su elaboración la previa realización de una ronda inicial de consultas con los oferentes preseleccionados.³¹ A dichos efectos, se establece la posibilidad de convocar a reuniones y mantener conversaciones con los ofertantes.

El procedimiento señalado permite que, una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante pueda reconsiderar y revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principa-

²⁹ Nueva York, 2004. Las Disposiciones Legales Modelo fueron preparadas por la CNUDMI como adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI (Nueva York, 2001) sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Bajo la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada, las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo contienen una serie de disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto.

³⁰ *Cfr.* Disposición Modelo 10: Procedimientos para la solicitud de propuestas.

³¹ Se considera importante que la autoridad contratante establezca las cláusulas contractuales clave del contrato de concesión, en particular sobre la forma de distribución de los riesgos del proyecto, para evitar que los ofertantes intenten minimizar los riesgos que les competen, con el correlativo peligro de que resulte frustrado el objetivo del proyecto.

les cláusulas contractuales así como el criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador; o agregar al texto nuevas características o nuevos criterios.

Con posterioridad, en la segunda etapa del procedimiento, se instituye que la autoridad contratante invitará a los ofertantes a presentar propuestas definitivas, informando acerca de las supresiones, modificaciones o adiciones efectuadas.

V. INCORPORACIÓN DE LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU COMPATIBILIDAD O DISFUNCIONALIDAD

Si bien podría decirse que está la figura del *data room* ya resultaba contemplada tanto en el régimen de la obra pública nacional, cuanto en el de la concesión de obra pública, debe repararse en un dato no menor y es el siguiente:

La incorporación de la técnica angloamericana de la asociación público privada —proveniente de un sistema de contratación pública de inspiración opuesta o cuanto menos distinta al nuestro— sin un previo análisis de compatibilidad y sistematicidad y sin una previa discusión de las categorías y estructuras que lleva implicadas, podría acarrear presumibles dudas interpretativas y consecuentes nuevas disfunciones sobre su operatividad y nuestro sistema jurídico.

Y en este sentido, es dable suponer que estas impacten en la discusión por el carácter público de las actividades y los bienes involucrados en los emprendimientos, los títulos de prestación y —cuanto menos— la extensión de los derechos de propiedad de los inversores privados, lo que también se conecta con sus prerrogativas de defensas de sus intereses ya que en la mayoría de los casos se tratará de inversores extranjeros amparados en el sistema de los tratados internacionales de protección de inversiones.

Ello por cuanto no debemos olvidar que esta modalidad contractual, proveniente del sistema anglosajón, se inscribe dentro de sistemas de contratación pública de libre elección —como lo es el inglés— o de procedimientos flexibles —como lo es el norteamericano— siendo que por el contrario nuestro país se inscribe dentro de los sistemas de procedimiento rígido, el cual como lo caracterizó el doctor Salomoni consiste en la sujeción estricta por parte del

Estado a procedimientos normativamente establecidos para la selección del contratante.

Una posible disfuncionalidad que puede provocar la utilización de estas modalidades en nuestro ordenamiento jurídico puede verse ejemplificada en el procedimiento de selección iniciado con la calificación de interés público de una iniciativa privada prevista en la Ley 17.520.³² Para establecer la selección del contratista —bajo la modalidad de licitación pública o concurso de proyectos integrales—, se establecía un sistema de tratativa preliminar entre la persona o entidad privada y el organismo público a fin de fijar las bases de la futura concesión.³³ Esta tratativa preliminar implica que el iniciador, quien luego en el procedimiento de selección cuenta con un régimen de derechos y preferencias, acuse una participación previa que podría ser válidamente cuestionada desde la perspectiva de los principios básicos de la contratación pública en nuestro derecho, principalmente el de igualdad.

En forma similar al sistema de las tratativas preliminares puede ser interpretada la locución “términos de referencia” previstos en el Decreto 966/05 que aprueba el Régimen Nacional de Iniciativa Privada aplicable a los sistemas de contratación regulados por las Leyes 13.064, 17.520 y 23.696. En este supuesto, el iniciador también accede a una intervención de la que no participan los futuros oferentes³⁴ y cuenta con un régimen de preferencias³⁵

³² El artículo 4o., inciso c) prevé la concesión de obra pública otorgada por contratación con sociedades privadas o mixtas, en las que se admite la presentación de iniciativas privadas. La Ley 17520 fue modificada por la Ley 23.696, reglamentado por el Decreto 1105/1989.

³³ El artículo 4o. inciso c) establece que las tratativas preliminares entre la persona o entidad privada y la entidad pública concedente, se llevarán a cabo hasta fijar las bases principales de la futura concesión; hecho lo cual se optará por la licitación pública con dichas bases o se convocará públicamente para la presentación de proyectos en competencia, mediante los avisos o anuncios pertinentes.

³⁴ El artículo 6o. establece que si se optara por la modalidad de contratación como de Concurso de Proyectos Integrales, el iniciador deberá presentar los términos de referencia de los estudios, su plazo de ejecución y prestación, y costo estimado de su realización dentro del plazo de treinta días, debiendo el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, llamar a Concurso de Proyectos Integrales en el plazo de treinta días a contar desde el vencimiento del plazo anterior.

³⁵ Al respecto ver artículos 8o., 9o. y 10 del Decreto 966/2005. El primero establece que en caso de ofertas de equivalente conveniencia, será preferida la de quien hubiera presentado la iniciativa, entendiéndose que existe equivalencia de ofertas cuando la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada, no supere el 5% de esta última. El segundo, reza que si diferencia entre la oferta mejor calificada y la del iniciador, fuese superior al 5% hasta en un 20%, el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas. Por el último artículo se dispone

que lo hace sino incompatible, al menos cuestionable desde la óptica de los principios que informan los procedimientos selectivos.

Si reparamos en lo expuesto, vemos —siguiendo a Salomoni— que en los sistemas contractuales de la cultura jurídica angloamericana, estos se caracterizan por la posibilidad de negociación directa entre el particular y el órgano estatal. En ellos, el Estado posee una libertad amplia de excepcionar el ordenamiento, el cual —bajo la regla de no imperatividad de procedimientos prefijados— se limita a establecer modalidades selectivas a título meramente enunciativo. Ello puede advertirse en la Reglamentación Federal de Compras del derecho norteamericano (Federal Acquisitions Regulation o FAR), cuyas reglas pueden ser dejadas de lado por el funcionario contratante en casos que así lo justifiquen, lo que resulta discutible que pueda ocurrir en el régimen de contrataciones del sistema europeo continental del que nuestro sistema es tributario.³⁶

VI. ENCUADRE DEL *DATA ROOM* COMO MODALIDAD DE ELABORACIÓN PARTICIPATIVA DE NORMAS

Habiendo advertido preliminarmente sobre el peligro que en su génesis supone la importación de institutos que pertenecen a ordenamientos jurídicos foráneos, con principios y fuentes diversas —y algunas veces diametralmente opuestas— a las del derecho argentino, es posible intentar su encuadre —o al menos encontrar finalidades similares— en las normas existentes en nuestro ordenamiento. En especial se abordará su inclusión en el ámbito de la participación ciudadana en la función administrativa, en lo relativo a la formación de la voluntad de la administración pública dentro de lo que se ha dado a conocer en palabras del doctor Comadira como participación procedimental no defensiva.³⁷

para el autor de la iniciativa privada que no fuera seleccionado, el derecho a percibir en calidad de honorarios y gastos reembolsables de quien resultare adjudicatario, un porcentaje del 1% del monto que resulte aprobado.

³⁶ Para ampliar, véase Cassagne, *La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano*, ED, 30/11/00.

³⁷ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y participación ciudadana*, Buenos Aires, Albremática, 2005, el Dial-DC 697. La participación no defensiva se canaliza por medio de diversas especies del genérico “debido procedimiento previo”, cuyo fundamento constitucional deriva de la razonabilidad estatal (artículo 28 C.N.). El

En ese orden, el Decreto 1172/2003³⁸ que aprueba el Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas como un mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación,³⁹ puede resultar recepticio de la modalidad del *data room* descrita en párrafos anteriores.⁴⁰

La elaboración participativa de normas constituye un procedimiento por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley, que involucra a sectores interesados y a la ciudadanía en general, cuando las características del caso lo permiten.

En el tema que nos ocupa, la documentación contractual que puede sujetarse al mecanismo del *data room* está constituida principalmente por los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y Pliegos de Especificaciones Técnicas de la futura contratación, cuya naturaleza jurídica se condice que la descrita en la norma (norma administrativa). En efecto, los Pliegos de Bases y Condiciones Generales poseen naturaleza de reglamento,⁴¹ en tanto que los Pliegos de Condiciones Particulares, que elaboran y aprueban las respectivas entidades estatales para cada procedimiento de selección, han sido calificados por diversos sectores de la doctrina tanto como regla-

mecanismo de elaboración participativa de normas se encuadra en la modalidad de participación procedimental no defensiva.

³⁸ Por este Decreto se aprueban diversos reglamentos que establecen mecanismos de participación (audiencias públicas, publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del PEN, acceso a la información pública para el PEN, reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos).

³⁹ Artículo 3o. del Anexo V.

⁴⁰ Por su parte, el doctor Comadira ha mencionado al artículo 10 del Decreto 436/00 recogida luego por el artículo 8o. del Decreto Delegado 1023/01 como antecedente significativo de la elaboración participativa de normas en Comadira, Rodolfo, *Procedimiento administrativo y participación ciudadana*, cit., nota 37.

⁴¹ La CSJN ha categorizado los pliegos de bases y condiciones generales como reglamentos en Espacio S. A. c. Ferrocarriles Argentinos, s/ cobro de pesos, 22/12/1993, E.D. 159-43. En el mismo sentido se expresa Comadira quien los califica como actos de alcance general normativo, es decir, reglamentos, en tanto regulan, con vocación de permanencia, una pluralidad de casos indeterminados y se incorporan al ordenamiento sin consumirse con su aplicación. Comadira, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, pp. 115 y ss.

mentos,⁴² actos de alcance general no normativo,⁴³ y finalmente como actos administrativos particulares.⁴⁴

Asimismo, la finalidad perseguida en procedimiento de la elaboración participativa de normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana —en particular, de toda aquella persona que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse—, en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley.⁴⁵ En orden similar, la participación de los interesados —esto es, potenciales oferentes de un procedimiento de selección del contratista estatal, o postulantes precalificados con acceso al archivo de datos— en la determinación de las bases de la futura contratación, puede considerarse inscripto en dicho precepto, siendo palmario su interés en tanto que del contenido de los pliegos dependerá, en definitiva, la elección de quien resultará contratista estatal, el régimen de ejecución del contrato respectivo, y en definitiva, el mismo interés público comprometido en el éxito en la realización del objeto del contrato.⁴⁶

Esta participación se alinea asimismo con los principios cardinales de la contratación pública, como lo son la publicidad y la concurrencia,⁴⁷ principio este último que si bien está establecido en favor de la administración para contratar con quien ofrezca las mejores garantías, en la medida en que se permita la discusión y recepción de los aportes de los interesados, proba-

⁴² Cfr. Barra, *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, t. 2, p. 485.

⁴³ Cfr. Comadira, *op. cit.*, nota 37, p. 116. Entiende que las prescripciones de los pliegos de condiciones particulares son aplicables a una pluralidad indeterminada de personas (potenciales oferentes) que se consumen con su aplicación.

⁴⁴ Cfr. Rejtman Farah, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, 2000, La Ley, p. 138.

⁴⁵ Conforme artículo 4o., Anexo V.

⁴⁶ Al respecto, el doctor Rejtman Farah sostiene que "...el propio sector privado productor de los bienes o servicios a contratar, tiene muchas veces experiencia y conocimiento que frecuentemente su participación contribuye a complementar la del órgano licitante. Si estas discusiones son públicas y abiertas entre todos los posibles competidores, tal mecanismo participativo —sobre todo en cuestiones de alta complejidad técnica— permitirá un mejor diseño de las especificaciones a requerir. Rejtman Farah, Mario, *Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia*, Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad, mayo 2004, p. 103.

⁴⁷ Sobre este principio se ha dicho que tiende a permitir que el mayor número posible de interesados pueda formular su oferta: Canosa, A. N. y Mihura Estrada, G., "El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial", publicado en JA., núm. 6010 del 6/11/96, pp. 24 y 25.

blemente se traducirá en una mayor afluencia de oferentes que mejorará las contrataciones del Estado.

Tanto en uno como en otro procedimiento, es de destacarse que el carácter de las consultas no es vinculante, siendo necesario dejar constancia en los fundamentos de la norma, de la realización del procedimiento, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas al texto como consecuencia del mismo.

Por último se observa que los propósitos mencionados en los considerandos del decreto promulgan con la idea esbozada, en tanto que, para alcanzar el saneamiento de las instituciones, otorga un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración. Asimismo se sostiene que mejorar la calidad de la democracia supone garantizar el máximo flujo informativo entre los actores sociales y sus autoridades a fin de asegurar el ejercicio responsable del poder.

En consecuencia, es posible encontrar en el Decreto 1.172/2003 una herramienta que al receptor la discusión de los interesados en forma pública, no sólo constituya una fuente de información de la autoridad pública, sino también como instrumento que posibilita la transparencia.⁴⁸

VII. EPÍLOGO

Como corolario de la presentación de las nuevas modalidades de contratación pública, creo necesario que su desarrollo tome en consideración las peculiaridades de cada mecanismo, reparando en su filiación de sistemas y tradiciones jurídicas y culturales disímiles a nuestra identidad latinoamericana, a fin de producir una reflexión situada temporal y espacial respecto de dichas técnicas y su utilidad real y concreta para la atención de los intereses públicos, que averse todo riesgo de interpretaciones disfuncionales que atenten contra el proceso de reconstrucción de nuestro derecho público latinoamericano, de manera de posibilitar, y en esto ha-

⁴⁸ Entre las medidas preventivas para posibilitar la transparencia en las contrataciones públicas, la doctrina ha destacado los procedimientos consultivos, entre ellos las reuniones con el mercado de potenciales oferentes para discutir previamente las bases de la futura contratación. Véase Rejtam Farah, Mario, *op. cit.*, nota 46.

go más las palabras de Salomoni al decir que esta apertura al mundo sea realizada no a partir de renovadas incorporaciones acrílicas sino a partir de nuestro pensar situado.

Digo esto, porque parafraseando a ese gran pensador argentino que fue Arturo Jauretche, creo que si la incapacidad para ver el mundo desde nosotros mismos ha sido sistemáticamente cultivada en nuestro país, entonces, la discusión de las nuevas modalidades de contratación deben previamente partir de la comprensión de ese especial contexto témporo espacial en el que se inscriben, que no es otro que el contexto regional latinoamericano, y que remiten en la actualidad a la reflexión de los nuevos paradigmas que se conforman a partir de los procesos de crisis del Estado e internacionalización de nuestros ordenamientos.

Creo que ello es así, a partir de considerar que el problema en el cuál se inscribe nuestro tema se determina por el hecho de que con la globalización, el nexo entre crecimiento económico y desarrollo social ha comenzado a mostrar evidentes signos de deterioro, entre otras, por las siguientes razones principales:

- Por un lado, el crecimiento (la expansión) de los mercados se ha traducido en nuevas formas de desigualdad por efecto del renovado desequilibrio entre capital y trabajo.
- Por el otro, lo anterior, genera un empobrecimiento de los bienes sociales como consecuencia del hecho de que los sujetos económicos, bajo el ropaje de los nuevos desafíos de la competitividad global, han acentuado la tendencia a la absorción de recursos.
- Finalmente, por la institucionalización jurídica de un derecho que lo vuelve posible y que asume en un caso el perfil de una *lex mercatoria* autodirigida por la economía y asimismo por la institucionalización de una *lex mundialis* capaz de crear las condiciones para una ciudadanía cosmopolita.⁴⁹

Es entonces, y para concluir, que frente a una globalización desterritorializada y de lógica puramente económica y financiera, que ignora las identidades regionales y sus tradiciones jurídicas, debe erigirse una inter-

⁴⁹ Cfr. Eduardo Greblo, en *op. cit.*, nota 3, pp. 11 y 14 y ss., siguiendo su línea argumental.

nacionalización que identifique en sus componentes centrales el reconocimiento de las identidades y similitudes de las tradiciones jurídicas latinoamericanas.⁵⁰ Que así sea.

⁵⁰ Vinculado a la cuestión de las intersecciones de la globalización sobre la realidad latinoamericana, no puedo dejar de recrear las palabras de Arturo Jauretche, quien en su obra “los profetas del odio” señalaba: “si todo es según el color del cristal con que se mira, conviene saber que anteojos y anteojeras nos han puesto parecidas a esas gafas que usan muchos nativos, con la que logran ignorar los verdes de nuestros campos y los azules de nuestros cielos”, acomodados al matiz uniforme de aquellas casas de óptica que dirigen los instrumentos modeladores de la llamada inteligencia argentina”.