

Tribunales especiales administrativos y tribunales arbitrales institucionales para la resolución de controversias originadas en la contratación pública.

Propuesta normativa de tribunal arbitral institucional para la provincia del Chaco en esa materia.

Rolando Ignacio Toledo

Tesis doctoral UDC



2019

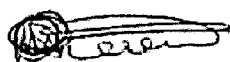
Tribunales especiales administrativos y tribunales arbitrales institucionales para la resolución de controversias originadas en la contratación pública.

Propuesta normativa de tribunal arbitral institucional para la provincia del Chaco en esa materia.

Autor: Rolando Ignacio Toledo



Tesis doctoral UDC / 2019



Directora: Mirta Sotelo de Andreau

Tutor: Carlos Aymerich Cano

AYMERICH
CANO CARLOS
IGNACIO - DNI
36075856B

Firmado digitalmente por AYMERICH CANO
CARLOS IGNACIO - DNI 36075856B
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES,
o=UNIVERSIDAD DE A CORUÑA,
ou=CERTIFICADO ELECTRONICO DE
EMPLEADO PUBLICO, ou=SECRETARIA
XERPA, ou=39802,
serialNumber=DCE5-36075856B,
sn=AYMERICH CANO, givenName=CARLOS
IGNACIO, cn=AYMERICH CANO CARLOS
IGNACIO - DNI 36075856B
Fecha: 2019.07.15 09:57:34 +02'00'

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano

Agradecimiento

Agradezco al Dr. Carlos Aymerich Cano y a la Dra. Mirta Sotelo de Andreau, por la guía y ayuda que permanentemente me otorgaron durante esta investigación. A mi esposa Ana María por su inmensa paciencia y comprensión, así como el apoyo incondicional de mis hijas María José, Paula Andrea y Jimena Melisa.

RESUMEN

El motivo esencial de esta tesis ha sido, dilucidar cuales son las mejores vías para tramitar y resolver las cuestiones controvertidas que nacen derivadas de la contratación pública, para lo cual, fue necesario analizar su importancia y el impacto negativo de la corrupción; así como hacer referencia al fenómeno emergente del derecho global que la comprende, haciendo hincapié en los instrumentos para prevenir y luchar contra esa corrupción, pasando revista a los sistemas de contrataciones públicas en España y Argentina, ingresando asimismo en el estudio de sus respectivos sistemas de control y de rendición de cuentas.

El otro propósito que motivó la redacción de este trabajo, consistió en presentar los dos modelos que se estimó más convenientes para poder resolver eficaz y eficientemente las cuestiones causadas por la contratación pública, como son los Tribunales especiales administrativos y los tribunales arbitrales, explicando y analizando en cuanto a los primeros a España e Inglaterra, mientras que para los segundos, los sistemas de Perú, España y Argentina, concluyendo con un proyecto de ley para la Provincia del Chaco sobre Tribunal Arbitral Institucional de Contratación Pública.

RESUMO

A razón fundamental para esta tese foi a de elucidar cales son as mellores formas de procesar e resolver as cuestións controvertidas que xorden derivados de contratos públicos, para o cal era necesario analizar o seu significado e o impacto negativo da corrupción; e referíndose ao fenómeno emerxente da lei global que inclúe, enfatizando as ferramentas para previr e combater esa corrupción, revisión dos sistemas de adquisición en España e Arxentina, tamén entrar no estudo dos seus sistemas control e responsabilidade.

A outra finalidade que motivou a elaboración deste traballo foi presentar os dous modelos estimados máis cómodo para resolver eficaz e eficiente problemas causados por contratos públicos, tales como xuízados especiais administrativos e tribunais arbitrais, explicar e analizar en canto ao primeiro a España e Inglaterra, mentres que para os últimos sistemas Perú, España e Arxentina, concluíndo cun proxecto de lei para a provincia do Chaco sobre Institucional Tribunal Arbitral Procurement.

SUMMARY

The essential motive of this thesis has been to elucidate which are the best ways to process and resolve the controversial issues arising from public procurement, for which it was necessary to analyze its importance and the negative impact of corruption; as well as referring to the emerging phenomenon of global law that includes it, emphasizing the instruments to prevent and fight against this corruption, reviewing the public contracting systems in Spain and Argentina, also entering into the study of their respective systems of control and accountability.

The other purpose that motivated the writing of this work, was to present the two models that were deemed most convenient to effectively and efficiently resolve the issues caused by public procurement, such as special administrative courts and arbitral tribunals, explaining and analyzing as for the first to Spain and England, while for the second, the systems of Peru, Spain and Argentina, concluding with a bill for the Province of Chaco on the Institutional Arbitration Tribunal of Public Procurement.

Indice

I. Introducción:	19
Capítulo 1: Relevancia Económica y social de la Contratación Pública.....	25
II. Relevancia económica y social de la contratación pública	26
III. Impacto de la corrupción en la contratación pública.....	30
III.1. En Argentina:	32
III.2. En España:.....	41
Capítulo 2: Emergencia de un Derecho Global de la Contratación Pública.....	47
IV. Emergencia de un Derecho Global de la contratación pública, trazos esenciales y sus principales objetivos y finalidades	48
IV.1. Derecho Administrativo Global	48
IV.2.-Derecho administrativo global en la contratación pública.....	60
IV.2.1.- Prevención y lucha contra la corrupción y el fraude. Convenios y normas de vigencia internacional en vigencia.	69
a) El FCPA (Foreing Corrupt Practiques Act) de Estados Unidos de 1977	69
b) “Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude” (UCLAF)	69
c) El Informe Nolan	69
d) Convención Interamericana contra la Corrupción.....	71
e) Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.....	74
f) OLAF.....	75
g) El Grupo Multidisciplinar sobre la corrupción.....	75
h) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Internacional Organizada	78
i) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC).	80
j) La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea y el sistema normativo actualmente vigente en la UE.....	88
Capítulo 3: Aspectos esenciales del control en el marco del Derecho Administrativo Global	95
IV.2.2. Aspectos esenciales del control en el marco del derecho administrativo global:	96

a) La OMC.....	96
b) La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar	99
c) Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR	100
d) El procedimiento del Panel de Inspección del Banco Mundial, a	104
Capítulo 4: Conclusiones	109
IV. 3. Conclusiones	110
V. Contratación pública en el derecho administrativo global.....	127
V.1. Concepto de contratación pública y de contratos del sector público	129
V.2. Distinción entre contrato del sector público y contrato del sector privado.....	131
V.3. Ordenamiento regulatorio internacional de los contratos públicos	131
V.3.1. Acuerdo sobre Contratación Pública OMC.....	131
V.3.2. Ley Modelo sobre Contratación Pública ONU:.....	135
V.3.3. Cuarta generación de Directivas Europeas en materia de contratación pública:	139
Capítulo 5: Aspectos consustanciales de la contratación pública.....	151
VI. Aspectos consustanciales de la contratación pública.	152
VI.1. Buena gobernanza, buena administración y contratación pública	152
VI.2. Implicancias de la contratación pública.	159
VI.3. Objetivos de la contratación pública.....	159
Capítulo 6: Sistemas de contrataciones públicas en Argentina y España.....	161
VII. Sistemas de contrataciones públicas en Argentina y España.	162
VII.1. Sistema de contratación pública en Argentina:	166
a) El futuro reto de un nuevo modelo de modernización del Estado	167
b) El marco normativo vigente en Argentina	168
c) Los ejes centrales del Decreto Delegado 1023/01	169
d) El Decreto 1030/16.....	171
e) Implementación del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, denominado COMPR.AR (Disp. ONC N° 65/16).....	180
f) Manual de Procedimientos del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Disp. 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones).....	183
g) Sistemas de contrataciones estatales	185
h) Decreto 27/2018	192
VII.2. Sistema de contrataciones públicas en España	198
a) Morosidad	203

b) Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses	204
c) Aspectos medioambientales, sociales y de innovación.....	204
d) Ámbito subjetivo	205
e) Ámbito objetivo	205
f) La contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos.....	215
g) Artículo 347. Plataforma de Contratación del Sector Público.....	219
Capítulo 7: Comparación entre los sistemas de contratación pública de Argentina y España	229
VII.3. Comparación entre los sistemas de contrataciones públicas de Argentina y España	230
VII.3.1. Ámbito subjetivo de aplicación:.....	230
Resultado de la comparación	234
VII.3.2. Tipología.....	234
Resultado de la comparación	235
VII.3.3. Atípicos o innominados	235
Resultado de la comparación	236
VII.3.4. Etapas previas e integrantes de la preparación del contrato	236
Resultado de la comparación	243
VII.3.5. Criterios de selección de candidatos o licitadores: requisitos de capacidad, aptitud y solvencia exigidos para participar en la licitación y formas de acreditación:.....	243
Resultado de la comparación	248
VII.3.6. Procedimientos de contratación y criterios de adjudicación del contrato:.	248
Resultado de la comparación	259
VII.3.7. Ejecución y cumplimiento del contrato: modificación, resolución o rescisión y revocación.....	259
Resultado de la comparación	280
VIII. Control de las contrataciones. Rendición de cuentas	280
VIII.1. Control.....	280
VIII.2. Control en Argentina.....	284
a) Control interno.....	285
b) Control externo.....	289
VIII.3. Rendición de Cuentas en Argentina	294
VIII.4. Control en España.....	297

a) Control interno.....	298
b)Control externo.....	299
VIII.5.Rendición de cuentas en España	305
Capítulo 8: Sistemas de Resolución de Conflictos con causa en la Contratación Pública	315
IX. Sistemas de Resolución de Conflictos con causa en la Contratación Pública	316
IX.1. Justicia administrativa	316
IX.2. Los recursos y Tribunales especiales administrativos.....	318
IX.3. España.	321
IX.4. Inglaterra:.....	331
IX.5. Los Tribunales Arbitrales	340
IX.5.1. Perú:.....	348
IX.5.2 El Sistema Nacional de Arbitraje (SNA - OSCE)	354
IX.5.3. España:	364
IX.5.4. Argentina	369
IX.5.5. El arbitraje en la Argentina.....	377
IX.5.6. El arbitraje comercial internacional en la Ley N° 27.449 de la República Argentina.	391
Capítulo 9: Los Tribunales Arbitrales de Inversión.....	401
IX.5.7. Los Tribunales arbitrales de inversión.	402
a) El escenario en la Unión Europea	405
b) La situación de los arbitrajes en los TBI intra UE.	410
c) Hacia un tribunal arbitral multilateral de inversiones.....	412
d) Argentina.....	415
e) El arbitraje de inversiones y la lucha contra la corrupción.....	420
IX.5.8. Síntesis comparativa entre los sistemas arbitrales de Perú, España y Argentina.	426
Capítulo 10: Cotejo entre arbitraje, los recursos especiales administrativos y los procesos judiciales en las cuestiones derivadas de la contratación pública.	441
X. Cotejo entre arbitraje, los recursos especiales administrativos y los procesos judiciales en las cuestiones derivadas de la contratación pública.	442
a) Arbitraje:	443
Ventajas	443
Desventajas	445

b) Procesos judiciales. Desventajas.....	446
c) Elección del arbitraje para definir una disputa	448
Por último, recordemos que el equilibrio será siempre un buen guía. Lograr es equidistancia entre lo público y lo privado, entre la autonomía de la voluntad y el desarrollo procedimental, debe ser el camino	450
d) Tribunales Especiales Administrativos.....	450
Capítulo 11: Antecedentes de la Provincia del Chaco y propuesta de un anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública.....	457
XI. Antecedentes de la Provincia del Chaco y propuesta de un Anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública:	458
Anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública del Chaco.....	460
Texto del Anteproyecto de Ley.....	461
Fundamentos.....	489

LISTADO DE ACRÓNIMOS, SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

ACP: Acuerdo sobre Contratación Pública.

ADPIC: Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio

AFIP: Administración Federal de Ingresos Públicos

AGCS: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

AGN: Auditoría General de la Nación

ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas

ANSES: Administración Nacional de la Seguridad Social

BID: Banco Interamericano de Desarrollo. Auditoría General de la Nación BM:
Banco Mundial

CCCA: Código Civil y Comercial Argentino

COMPR.AR: Sistema Electrónica de Contrataciones de la Administración Nacional

CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

CESLA: Centro de Estudios Latinoamericanos

CEE: Comunidad Económica Europea

CETA: Acuerdo Económico Comercial Integral, Canadá-Unión Europea

CMC: Consejo del Mercado Común

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y Competencia

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CNUCC: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

COI: Comité Olímpico Internacional

CONICET: Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

DAG: Derecho Administrativo General

DGI: Dirección General Impositiva

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

EEUU: Estados Unidos

ENARSA: Energía Argentina S.A.

ESD: Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por lo que se rige la solución de Diferencias

EUR: Euros

FCPA: Ley estadounidense de Prácticas de Corrupción en el Extranjero

FMI: Fondo Monetario Internacional

GAL Project: Proyecto de Derecho Administrativo Global

GATT: Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles

GMC: Grupo del Mercado Común

GRECO: Grupo de Estados contra la Corrupción

GSAB-CA: Junta de Administración de Servicios Generales de Apelaciones de Contratos

IBM: International Business Machines

IBRD: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento

ICANN: Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números

IGAE: Intervención General de la Administración del Estado.

INDEC: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos

ISO: Organización Internacional de Normalización

IVA: Impuesto al Valor Agregado

LAFSA: Líneas Aéreas Federales

LNPA: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

MERCOSUR: Mercado Común del Sur

MESICIC: Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana de la Corrupción

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OEA: Organización de los Estados Americanos

OLAF: Oficina Europea de Lucha contra el Fraude

OMC: Organización Mundial del Comercio

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OSC: Organización de la Sociedad Civil

PAMI: Programa de Atención Médica Integral

PBCP: Pliego Base de la Contratación Pública.

PBI: Producto Bruto Interno

PEN: Poder Ejecutivo Nacional

PI: Pacto de Integridad

PYMES: Pequeñas y Medianas Empresas

RCAN: Reglamento de Contratación de la Administración Pública

SELA: Sistema Económico Latinoamericano y el Caribe

SIGEN: Sindicatura General de la Nación

SIMAFAL: Sistema Integrado Modelo de Administración Financiera para América Latina y el Caribe

SNA-OSCE: Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE), Perú

SUBAST.AR: Sistema Electrónico de la Subasta Pública

TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

TAHM: Tribunales Ad Hoc del Mercosur

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TSJUE: Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

TTPI: Asociación Trasatlántica de Comercio e Inversión

UAI: Unidades de Auditoría Interna

UBA: Universidad de Buenos Aires

UCLAF: Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude

UE: Unión Europea

UN: Naciones Unidas

UNCAC Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.

UNODC Oficina de Naciones Unidas contra la droga y la corrupción

UNCAC: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

YPF: Yacimientos Petrolíferos Fiscales

I. Introducción:

La tesis doctoral que inicio tiene como primer objetivo definir un escenario comparativo en el que se adviertan las características que contornean e identifican a los Tribunales Especiales Administrativos contraponiendo la experiencia española e inglesa, por un lado; y los Tribunales Arbitrales Institucionales de Argentina, Perú y España, por el otro.

Asimismo, esbozar las líneas matrices de un Anteproyecto de Ley que permita la implementación de un Tribunal Arbitral Institucional, con competencia en conflictos originados en la contratación pública, para la Provincia del Chaco (Argentina). Este microsistema (órgano decisor, operadores y su herramienta procedimental) será delineado sobre principios rectores entre los que la legalidad, transparencia, publicidad, seguridad jurídica, no discriminación, razonabilidad, proceso debido, tomarán protagonismo relevante para garantizar un sistema de resolución de conflictos conforme a Derecho y eficiente.

La finalidad es analizar y ponderar las características y campos de aplicación de cada uno de ellos, destacando sus fortalezas y debilidades como medios instrumentales eficaces e idóneos para la resolución de controversias derivadas de la contratación pública.

Sabemos que en todos los Estados (nacionales, federales, provinciales, autonómicos, etc.) actualmente la contratación pública es el instrumento o medio a través del cual se canalizan las grandes obras públicas, el desarrollo de los grandes programas y planes de gobierno, produciendo la satisfacción –o el desencanto– de la ciudadanía, toda vez que sus intereses enraízan directamente en esta problemática.

En esa inteligencia, la razón de ser del tema escogido en la presente (sólo a manera de disparador lo anticipo, pues lo desarrollaré detenidamente en capítulos siguientes) ha sido el inusitado crecimiento de los casos de corrupción ligados directamente con contratos de la especie referenciada, los que han tomado subida notoriedad y trascendencia, producto de varios factores que confluyeron para ello:

1) El diseño de políticas públicas cuya concreción requiere inexorablemente de insumos de todo tipo y, correlativamente, demanda grandes inversiones de dinero público.

2) El (cada vez mayor) interés y preocupación social de que aquellos grandes dividendos erogados en contratación estatal de obras y servicios, se traduzcan efectivamente en la realidad de los hechos y se concreten las obras, servicios o finalidades perseguidas (pues de ello depende su vida, salud, educación, vivienda, trabajo, etc.).

3) El déficit (por exceso o por defecto) normativo que regula la materia.

4) El rol de los órganos (internos y externos) de contralor y las deficiencias en el cumplimiento de sus funciones. Las rendiciones de cuentas sobre contrataciones públicas.

5) El auge de los medios masivos de información (en los que la inmediatez manda) y la *viralización* de las noticias que, prácticamente en vivo y en directo, nos muestran a un funcionario público escondiendo un bolso de dinero presuntamente mal habido, a otro siendo allanada su morada y secuestrados bienes productos de un enriquecimiento supuestamente ilícito, y a empresarios exitosos de la noche a la mañana fruto de una relación contractual exclusiva con el Estado.

6) Las consecuencias que trae aparejada la corrupción en la administración pública (una tragedia con causa en los deficitarios servicios públicos ferroviario y aéreo comercial, un plan de viviendas sociales sobrevaluado y sub ejecutado, un plan asistencial sanitario y alimentario que se paga y no llega, una ruta que se abona íntegra y anticipadamente y no se concreta, sólo a modo de ejemplos de lo que sucede en Argentina). Por supuesto que se debe agregar el tremendo daño que produce la corrupción sobre todo el sistema político e institucional, provocando el descrédito de los poderes públicos, así como de las actividades que desarrollan, incluyendo las contrataciones y los servicios públicos, perjudicando el interés general que persiguen, contradiciendo aquello que han de realizarse de la mejor manera posible, técnica y económicamente, precisamente porque los ciudadanos

tienen derecho a recibir obras y servicios de interés general que permitan unas mejores condiciones de vida para todos¹.

Lo anticipado no habrá de sorprender a propios ni extraños. Cualesquiera sea la nacionalidad del lector ocasional, sea que resida en un pequeño pueblo o en una gran urbe, en América o en Europa, compartiremos que los condimentos (legales y culturales) que rodean la toma de decisión y ejecución de una obra pública –pequeña, mediana o grande da igual– es caldo de cultivo propicio para que los responsables políticos y administrativos de turno tengan oportunidad para sacar provecho particular en contraposición a los intereses comunitarios y públicos que son preferentes, produciendo un desfaldo al erario del Estado y, lo que es todavía peor, produciendo daños a la propiedad y la vida de las personas por la falta o deficiente ejecución de las obras contratadas. *De lege ferenda*, entonces, considero que la puesta en práctica del Tribunal Arbitral Institucional contribuirá para que los márgenes de la *mala gobernanza* y la corrupción en este campo (pública y privada) sean ostensiblemente reducidos.

En definitiva, si la visión de futuro que aquí comparto termina por germinar normativamente, estaremos respondiendo a una necesidad acuciante de la sociedad que demanda –cada vez con más ahínco– la prevención y el castigo de aquello a lo que nos hemos malamente acostumbrado: funcionarios públicos y empresarios que se desvelan por acceder al coto de las contrataciones públicas al sólo efecto de enriquecerse ilícitamente.

Estimo para ello necesario, dedicarse al mejoramiento de los sistemas de rendición de cuentas, controles administrativos y judiciales, como los que aquí propondré.

En sendos acápites, a lo largo de la presente tesis y tras un conspicuo laboreo investigativo y crítico de antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales (foráneos y comparados) e informes de organismos internacionales (OCDE, OEA,

¹ RODRÍGUEZ –ARANA, Jaime. Los principios del Derecho Global de la contratación pública, Revista de Derecho-UCU, 13 (julio 2016), p.200.

ONU, FMI, BID, BM, entre otros) profundizaré sobre los siguientes aspectos, a saber:

Relevancia económica y social de la obra pública.

El flagelo de la corrupción arraigado a la gestión de la cosa pública y su particular trascendencia en la obra pública.

Sistemas de contratación pública.

Control de la contratación pública. Rendición de cuentas.

Sistemas de Resolución de Conflictos con causa en la Contratación Pública.

Anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública del Chaco.

La mera enunciación de los capítulos anteriormente detallados, demuestra la extensión de campo del trabajo de investigación, habida cuenta que significa analizar y exponer los sistemas de contratación pública en Argentina y España; al igual que los sistemas de control y rendición de cuentas sobre esas materias en sendos países.

Por otra parte, este opus se encarga de pasar reseña de los recursos y tribunales especiales administrativos en España e Inglaterra, ilustrando asimismo acerca de los tribunales arbitrales que actualmente funcionan en Perú, España y Argentina.

Se elabora también, un anteproyecto de Ley que instituye el Tribunal Arbitral de Contratación Pública del Chaco, desarrollando los fundamentos que abonan el mismo, cumpliendo así el objetivo preanunciado al iniciar esta introducción.

Respecto a los objetivos que se expusieron en el plan de investigación, han sido concretados los generales, en cuanto al comparativo de los tribunales especiales administrativos que funcionan en España e Inglaterra, así como el de los tribunales arbitrales de Argentina, Perú y España. De igual manera se cumplió con el objetivo específico, de formulación de la propuesta legislativa ya mencionada.

La metodología aplicada comprende a todos los aspectos que fueron detallados en el plan de investigación, a saber los aspectos normativos y lógicos; las razones principialistas, axiológicas y morales; las ideas consecuencialistas, apreciando y ponderando las estrategias para la utilización de los mejores criterios que al ser aplicados, pueden causar los mejores resultados previsibles; la opinión de

los autores y doctrinarios; las resoluciones y sentencias de los tribunales internacionales y nacionales; el método sistemático que impone coherencia, jerarquía, plenitud y economía; el principio teleológico por el cual en todas las materias y temas tratados se buscó llegar al mejor fin y resultado, y en concreto se presenta con el proyecto de ley provincial; y los argumentos sociológicos, comparativos, históricos, empíricos y pragmáticos, que fueron utilizados en las distintas cuestiones tratados en esta tesis.

Los resultados de la obra surgen de su propio contenido, habida cuenta que he tratado de exponer en cada uno de los temas que la tesis comprende, mis propias conclusiones, aún en materias que son difíciles y complejas.

Capítulo 1: Relevancia Económica y social de la Contratación Pública

Impacto de la corrupción en la contratación pública. En Argentina. En España.

II. Relevancia económica y social de la contratación pública²

Conforme datos relevados para la presente, podemos advertir que una porción considerable del presupuesto del Estado se vuelca en contratación pública.

En efecto, “en los países de la OCDE, las estadísticas existentes indican que la contratación pública representa un 15% del Producto Interno Bruto...”³; similar panorama refleja el concierto mundial en el que las compras públicas (productos, servicios y trabajos) demandan recursos que impactan entre un 10-18%, aproximadamente de aquella variable macroeconómica⁴.

América Latina y el Caribe erogan en este rubro el 15,52% de su PBI, en tanto que la Unión Europea lo hace en un 21,66% estimativamente⁵.

Argentina por su parte, acorde a los guarismos regionales anticipados, ha ido oscilando en coeficientes que partieron del 14% en el año 2000 y llegaron al 17% de su PBI en el 2012⁶. Para continuar, en sostenido y progresivo aumento, hasta alcanzar el gasto público el 32,7% en el 2014 y el 37,8% en 2015⁷.

Hasta aquí, a excepción de aquellos acostumbrados a lidiar con las finanzas públicas y variables económicas, el lector (u oyente) habrá sorteado los párrafos precedentes –quizá– con alguna liviandad, o con la premura propia de leer números fríos, reflejo del quehacer gubernamental, en un tiempo y lugar determinados.

² Las referencias estadísticas cuya fuente sea el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC), según lo alerta su propio sitio web, “...deben ser consideradas con reservas, excepto las que ya hayan sido revisadas en 2016 y su difusión lo consigne expresamente. El INDEC, en el marco de las atribuciones conferidas por los decretos 181/15 y 55/16, dispuso las investigaciones requeridas para establecer la regularidad de procedimientos de obtención de datos, su procesamiento, elaboración de indicadores y difusión”, <http://www.indec.gob.ar/>.

³ Integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la “A” a la “Z”, ISBN 978-92-64-05561-2 OCDE, 2009.

⁴ Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América y el Caribe, Sistema Económico Latinoamericano y el Caribe (SELA), Reunión Regional sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe, Quito, Ecuador, julio 2015, p. 9.

⁵ Ambos porcentuales referidos al ejercicio 2012, según datos del Banco Mundial, procesados por el SELA, ibíd. 2.

⁶ Participación de las compras públicas/PIB en América Latina y el Caribe (2000/2012), SELA, ob. cit., p. 11.

⁷ Instituto Argentino de Análisis Fiscal, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Peso Relativo del Gasto Público Argentino, Evolución, Determinantes y efectos de su aumento, 2015.

Ahora bien, si convertimos las proporciones apuntadas a valores en dinero, dimensionando y tarifando la premisa del inicio del capítulo, se podrá tener una impresión más concreta de lo que estamos tratando.

En la región Latinoamericana y el Caribe los Estados gastan en promedio U\$S 800.000 millones anuales⁸.

Si consideramos entonces que el PBI argentino fue en 2015 según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, \$ 2.878.314.000 (Pesos Dos Mil Millones Ochocientos Setenta y Ocho Mil Trescientos Catorce) y que el gasto público fue de \$ 385.855.000 (Pesos Trescientos Ochenta y Cinco Millones Ochocientos Cincuenta y Cinco Mil)⁹, refrendaremos entonces que el Estado es cuantitativamente hablando, actor protagónico y permanente del intercambio de bienes y servicios en la coyuntura de cualquier mercado comercial.

Verificado lo anterior, resta ahora dilucidar someramente para qué se gastan o deberían gastarse/invertirse, los fondos públicos.

Evitando entrar en un análisis pormenorizado (pues excede el objeto de la presente) acerca del rol que le cabe al Estado conforme las visiones reduccionistas extremas ya conocidas de liberalismo/neoliberalismo o intervencionismo, bástenos aquí, siguiendo a Musgrave¹⁰, ilustrar que las imputaciones de dineros estatales deberían estar destinadas a: 1) estimular y estabilizar la economía; 2) redistribuir el ingreso y la riqueza a los sectores más vulnerables; y 3) asignar los recursos públicos de forma eficiente con el fin de proveer los bienes y servicios requeridos por la sociedad.

Metas generales éstas que debieran ser perseguidas de acuerdo a la visión política de la administración de turno, siguiendo las pautas de oportunidad, mérito y conveniencia que respondan a su plan estratégico, sin desatender las vicisitudes

⁸ BID, Eficiencia y Transparencia en el sector público. Avances en las compras públicas en América Latina y el Caribe (2002-2012), p. 3, SELA, *ibíd.* 2.

⁹INDEC (2018). Indec, 50 años, 1968-2018. Recuperado de:

http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=3&id_tema_2=9&id_tema_3=47

¹⁰SELA, *ob. cit.*, p. 10.

siempre cambiantes en las que corresponda su ejecución, ni desoír las demandas sociales que son, en definitiva, donde se verán reflejados los resultados de aquella empresa.

Quiero destacar con lo último, que todo lo que haga u omita, debiéndolo hacer el Estado, redundará en beneficio o perjuicio de su conferente, la sociedad a quien representa y en cuya virtud se encuentra al frente de la gestión de gobierno.

De allí que el gasto/inversión de dineros públicos, la decisión política de su empleo y todo el andamiaje que en consecuencia se inicia, será siempre, independientemente de su envergadura económica, cualitativamente trascendental¹¹.

El primer informe Anticorrupción de la Unión Europea estima que **los costes de la corrupción en las compras públicas alcanzan entre 20 y 25% del valor del contrato, llegando en ocasiones al 40-50%**, los costes suplementarios¹².

Las principales razones de esta especial vulnerabilidad son su perfil de gastos (bajo volumen de transacciones de muy alto valor) y la mayor discrecionalidad que genera, en comparación con otras áreas del gasto público como el pago de salarios o de deuda. La corrupción limita la cantidad de potenciales oferentes a quienes tienen conexiones o mayor información. La dimensión de las compras públicas en la economía de los países y la magnitud de la corrupción involucrada implican que **las consecuencias de la corrupción en el sector en términos de desarrollo son inestimables**. Desde un punto de vista económico, la especialista Susan Rose-Ackerman¹³ señala que los costos exceden el dinero que se pierde del presupuesto, pues la corrupción limita la cantidad de potenciales oferentes a quienes tienen conexiones o mayor información, incrementa los costos de transacción y reduce la competencia. Además, **el interés de los funcionarios corruptos en maximizar sus**

¹¹ Los sectores de la salud, educación, agrícola e infraestructura son los más relevantes para las compras públicas, al ser el Estado el responsable de ejecutar políticas en éstas áreas vitales para el desarrollo económico y social, agregándose lo relacionado a los costes de los programas de asistencia, beneficencia, previsión, y de otros tipos tendientes sobre todo a la satisfacción de las necesidades de los grupos mas vulnerables.

¹² AYMERICH CANO Carlos, Corrupción de contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas, Revista Aragonesa de Administración Pública, n°45-46, Zaragoza, 2015, p. 210 y nota 1.

¹³ ACKERMAN Susan Rose, La corrupción y los gobiernos: Causas, consecuencias y reforma, Siglo XXI, Madrid, 2001, Capítulo 1.

propias ganancias los lleva a realizar inversiones ineficientes, definiendo las necesidades de compra con poca o ninguna racionalidad económica. Los "elefantes blancos" o las rutas que no conducen a ningún lado -que los argentinos conocemos bien- son típicos ejemplos de inversiones que no se justifican más allá de sus posibilidades de generar retornos. El impacto de la corrupción en compras públicas es especialmente importante cuando el Estado es un gran comprador, lo que generalmente ocurre en países en desarrollo como la Argentina. Todos los países presentan problemas de corrupción en sus contrataciones, pero aunque todos tuvieran el mismo nivel de sobrepagos en los contratos de obra pública, si en uno de ellos el Estado realiza el 80% de la infraestructura y en el otro sólo el 10%, la extensión y consecuencias del problema serán muy distintas.

La OCDE presentó en enero de 2017 estudios sobre la integridad, informando que las compras públicas son una actividad con alto impacto presupuestal y con adquisiciones que representan un promedio del 29% de los gastos totales gubernamentales en los países que integran la OCDE. Por lo que se concluye que mejorar la competitividad y eficiencia de las compras públicas tiene el potencial de generar ahorros significativos en tiempos de presupuestos limitados, por lo que aconseja fortalecer los mecanismos de transparencia, integridad y buen gobierno en la decisión y gestión de las compras públicas¹⁴.

En un informe dado por el CESLA a principios de 2018 ubica a la Argentina en el puesto 68 junto con Brasil y el Salvador en un indicador de la corrupción para América Latina¹⁵, dentro de las naciones con nivel alto de corrupción y debilidad extrema en política anticorrupción.

¹⁴<https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/la-ocde-presenta-estudios-sobre-la-integridad-en-las-contrataciones-publicas-de-pemex-y-sobre-el-combate-a-la-colusion-en-las-compras-publicas-de-la-empresa.htm>.

¹⁵ <https://www.cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Argentina.pdf>.

III. Impacto de la corrupción en la contratación pública.

Para hacer una recorrida respecto de lo que ha venido pasando en esta materia, mencionaré resumidamente datos relacionados con los últimos quince años.

Según la Encuesta de opinión ejecutiva de 2005 del Foro Económico Mundial, el soborno por parte de empresas internacionales en países de la OCDE fue más predominante en la contratación pública que en los servicios públicos, la fiscalidad, el poder judicial y la captura estatal¹⁶.

Idéntico panorama refleja la pesquisa en América Latina, con el agravante de que la frecuencia de los sobornos trepó hasta casi el 60% de los casos (sólo debajo de los países del sudeste asiático y africanos) frente a la pregunta: en su industria ¿con qué frecuencia realizan las empresas pagos adicionales no documentados y sobornos en relación con permisos/ servicios públicos/ impuestos/ concesión de contratos públicos/ el poder judicial?¹⁷

Asimismo, según reporta Transparency International Argentina es un país en el que la corrupción en las instituciones públicas es percibida como algo común. Debe destacarse y alertar que los países pobres pierden un trillón de Dólares Estadounidenses a causa de este flagelo¹⁸.

Nuevamente, si no analizamos el reporte con el detenimiento que merecen estos temas, si nos quedamos en el repaso de cifras, cuadros y parámetros, nada habremos de cambiar.

En la década que estamos terminando, según Transparency Internacional, según el índice de percepción de la corrupción de 2017 que dicha entidad determina según las encuestas que realiza con empresarios y analistas de los respectivos países puntuando entre 100 (ausencia de corrupción) y 0 (percepción de muy corrupto). España figura con el número 42, habiendo oscilado con anterioridad

¹⁶ <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>. Resumen p. 1 y Anexo A.

¹⁷ KAUFMANN, Banco Mundial (2006), en "Integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la "A" a la "Z", ISBN 978-92-64-05561-2 OCDE, 2009.

¹⁸ Transparency International. <http://www.transparency.org/cpi2015>

entre los puestos 51 y 63, y se encuentra en el lote con Chipre, Dominicana, y República Checa; mientras que Argentina figura con el número 85, habiendo pendulado entre las categorías 37 y 43, encontrándose en el lote con Berrin, Islas Salomón, Kosovo y Kuwait¹⁹.

La sola exposición de dichos indicadores esta demostrando que España desde su mejor ubicación en el puesto 51, ascendió 9 colocaciones, mientras que Argentina descendió 48. La situación aunque está mejorando para el país Europeo, dista de ser de las óptimas que se meritua como posible, siendo catastrófica para el país sudamericano.

El coste económico mundial de la corrupción fue estimado en el año 2011 en 3 billones de dólares, o sea, el 5% del PBI global, por lo que si se compara esa cifra con la importancia de los sectores empresariales mundiales, el de la corrupción sería el tercero mayor del mundo²⁰.

La Comisión de Lucha contra la Corrupción de la UE del 06/06/2011 estimó que la corrupción generaba pérdidas en la economía de la UE de unos 120.000 millones de euros al año, el 1% del PBI europeo²¹.

El informe de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (CNMC), informó el 05/02/2015, que 47.500 millones de euros comprende la factura de la corrupción en la contratación pública, un 25% de los 194.000 millones que anualmente se destinan a licitaciones de servicios públicos con cargo del estado. La cifra es alarmante, ya que es superior al 4,5% del PBI del 2015, y mayor al 4,2% fijado con Bruselas como monto del déficit público²².

Las últimas cifras ofrecidas por Naciones Unidas en materia de corrupción son sobrecogedoras: "La corrupción está presente en todos los países: ricos y pobres, del norte y del sur, desarrollados y en vía de desarrollo", dijo el lunes el

¹⁹ https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf.

²⁰ The costo of tax abuse: a briefing paper of de costo of tax evasión wolrd wide", The Tax Justicia Network, noviembre de 2011.

²¹ COM 2011, 308, final, p. 3.

²² https://www.elconfidencial.com/empresas/2015-02-10/la-cnmc-cifra-en-el-4-5-del-pib-el-coste-de-la-corrupcion-en-la-contratacion-publica_706560/

Secretario General António Guterres al Consejo de Seguridad en una reunión sobre la lucha contra la corrupción en aras de la paz y la seguridad internacional. "Los números muestran el sorprendente alcance de este problema", dijo el lunes el titular de la ONU, citando que el Foro Económico Mundial estima que la corrupción cuesta al menos 2,6 billones de dólares o el 5% del producto interno bruto mundial"²³.

Decía Gimeno Feliú que la corrupción causa evidentes ineficiencias económicas y también la pérdida de la legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas, aparejando además la distorsión del mercado interior²⁴. Por consiguiente, el combate contra la corrupción en la contratación pública es básico tanto para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresaria"²⁵.

III.1. En Argentina:

Al menos en la Argentina, pareciera que ya nada puede ser superado en materia de corrupción, pues -se cree- ya hemos visto todo lo imaginable. No obstante, con diferencia de matices, relatos y estilos, los gobiernos se suceden y la realidad sigue superando, inclusive, a la ficción.

Hemos perdido la capacidad de asombro. Nada nos sorprende. Y cuando el hombre pierde esa virtud de admiración o extrañeza frente a su entorno, adopta una posición pragmática y hostil, que lo proyecta como una persona deshumanizada.

En buen romance, nos acostumbramos a convivir con administraciones corruptas sin poner el grito en el cielo, a condición de que no afecte directamente a nuestros intereses.

²³ <https://news.un.org/es/story/2018/09/1441292>

²⁴ GIMENO FELIÚ, José María, El necesario big-ban contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, Setiembre-diciembre 2016, p. 2.

²⁵ MEDINA ARNAIZ, Teresa, Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública, diario La Ley, n°7382, 16/04/2010.

Pero lo que considero olvidamos, es que la ilicitud en este campo se cobra vidas. Y mañana podría ser la nuestra.

La corrupción mata, sostengo; a veces en formas de grandes catástrofes (ferroviarias, inundaciones, accidentes de tránsito, etc.), de impacto inmediato (la inseguridad y su relación con los servicios policiales, penitenciario, judiciales, narcotráfico, etc.) epidemias que podrían haberse prevenido o al menos mitigados sus efectos (desnutrición infantil, dengue, mal de chagas, etc.) otras de consecuencias a mediano y largo plazo (educación, p. ej.) y la lista podría seguir; **pero siempre con un denominador común aglutinante: la participación del Estado cómplice, por acción u omisión.**

Logramos subvertir la regla. Cuando lo corriente sería comerciar conforme a Derecho, asistimos cotidianamente a contrataciones públicas signadas bajo sospechas de amaños, fraude y cuanto delito penal contra la Administración Pública se encuentre tipificado normativamente. No por casualidad Enrique Santos Discépolo describió (en prosa y música de tango) al Siglo XX como un *cambalache*²⁶ en el que “...da lo mismo ser derecho que traidor...” y que el “...que no *afana* es un gil...”.

El problema mayor es que, como sigue diciendo el cantautor, “...a nadie importa si naciste *honrao*...” porque “...es lo mismo el que trabaja todo el día como un buey (...) **que el que mata, que el que cura, o está fuera de la ley.**”

Esa descripción del siglo pasado, lo anticipábamos como idea fuerza de la tesis, se mantiene vigorosa y plenamente vigente en los albores del Siglo XXI, verificado por los números referenciados más arriba.

Tanto es así, que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), entre otros desafíos preambulares de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), se han convencido “de que **la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la**

²⁶ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española: “Trueque o intercambio de cosas de poco valor. **Usado más en sentido despectivo.**”

sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos...”, así como “...de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de las sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción...”, “PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro moral social...”, han decidido “...hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio...”²⁷.

Convenio internacional que ha sido aprobado por Argentina (Ley Nacional N° 24.759²⁸, promulgada el 13/01/1997 y ratificado en sede de la OEA el 9/10/1997). Integrandolo, en consecuencia, su derecho positivo interno y del que nos ocuparemos con mayor detenimiento más adelante.

En su mérito, Argentina ha recibido en sendas ocasiones la visita del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación del mencionado acuerdo (Declaración suscripta el 4/06/2001)²⁹, lo que motivó la expedición de los Informes pertinentes³⁰.

Por ahora es suficiente poner sobre relieve que los veedores internacionales advirtieron que en mi país hay mucho por hacer (mejor) y dejar de hacer (mal).

Pero hasta tanto, haciendo por un instante un ejercicio de abstracción, supongamos que viviendo en Argentina no tuvimos la mala idea de transitar una

²⁷ Los párrafos que figuran con negrita no corresponden al original de la cita sino al autor de esta tesis.

²⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1997.

²⁹ Cuya misión es la Revisión Anual del proceso argentino en materia de combate contra los delitos de corrupción estatal.

³⁰ Informe Final 1º Ronda, aprobado en la sesión plenaria del 13/02/2003, Tercera Reunión de la Comisión de Expertos, Washington DC, 2003; Informe Final 2º Ronda, aprobado en la sesión plenaria del 15/12/2006, Décima Reunión de la Comisión de Expertos, Washington DC, 2006; Informe Final 3º Ronda, aprobado en la sesión plenaria del 18/09/2009, Décimo Quinta Reunión de la Comisión de Expertos, Washington DC, 2009; Informe Final 4º Ronda, aprobado en la sesión plenaria del 21/03/2013, , Vigésima Primera Reunión de la Comisión de Expertos, Washington DC, 2013; Informe Final 5º Ronda, Reunión de la Comisión de Expertos, Washington DC, 2016.

ruta destruida, de subirnos a un tren en condiciones impropias de mantenimiento, que no nos picó un mosquito transmisor de Dengue, que no residíamos en la ciudad de La Plata (Buenos Aires) en ocasión de la gran inundación del año 2013, que todavía no hemos sido víctimas de un delito contra la propiedad, que nuestra vida no depende de una vacuna que el Estado no programó fabricar, etc.; aún en esta situación de inmunidad a dichos males o perjuicios, **en tanto continúe y se expanda la actividad económica principal del Estado (gran consumidor), de persistir la corrupción en la contratación pública, ella influirá en gran medida en el dinero de todos los contribuyentes**, incluidos los beneficiados hasta aquí por el azar en la hipótesis.

Paradójicamente "...muchos de los países en las posiciones inferiores del índice cuentan con vastos recursos naturales (como **Argentina**, México o Venezuela); sin embargo, la corrupción arraigada ha redundado en una acuciante falta de inversiones en seguridad, educación y salud. **Mientras no se aborden estas falencias, la corrupción continuará siendo la norma** y no habrá mejoras en la calidad de vida de los ciudadanos..."³¹.

La OCDE estima que el valor anual global de las compras gubernamentales es de US\$ 2 trillones³² y el Banco Mundial indica que **en los países de América Latina y el Caribe las contrataciones públicas representan un promedio de entre 10 y 15% del PIB**³³. El sistema de adquisiciones parece una mera función administrativa, pero es un sector crucial para la economía y el desarrollo de los países y de las personas, especialmente de los grupos más desaventajados. Ello es así por dos motivos. Primero, porque se trata del proceso por el cual el Estado ejecuta su presupuesto para proveerle bienes, servicios y obras a la comunidad: escuelas, puertos, insumos hospitalarios, rutas, gasoductos, alimento para comedores escolares, etc. Segundo, porque al ser un gran comprador, lo que el Estado haga o deje de hacer en la materia puede tener un alto impacto en acciones

³¹ SALAS, Alejandro, Las Américas: Cómo 2015 fue advertencia para los corruptos, en <http://blog.transparency.org/2016/01/27/las-americas-como-2015-fue-advertencia-para-los-corrupptos/>

³² Publicación de nota 13.

³³ <https://www.infobae.com/2016/01/02/1780372-para-frenar-la-corrupcion-la-clave-es-el-sistema-contrataciones-publicas/>

concretas vinculadas al desarrollo: promoción de la industria local, incremento de la participación de PYMES, incentivo de determinadas prácticas o condiciones medioambientales y laborales, etc. La magnitud de la corrupción en este sector es muy significativa.

Desde el retorno de la democracia, en la Argentina la mayoría de los casos de corrupción (presunta o probada) estuvieron ligados al sistema de compras públicas. La vulnerabilidad de un país como la Argentina respecto a la corrupción en sus adquisiciones es fácil de advertir. La mayoría de los tristemente célebres casos de corrupción (presunta o probada) desde el retorno de la democracia estuvieron vinculados al sistema de compras públicas y sus consecuencias económicas, sociales y políticas fueron inestimables: venta de armas a Croacia y Ecuador, leche adulterada, guardapolvos de Bauzá, trilogía IBM (Banco Nación-DGI-Anses), dupla Siemens (documentos de identidad-Casa de la Moneda), privatización de Aerolíneas Argentinas, Thales Spectrum, vaciamiento del PAMI, contratos de María Julia Alsogaray, Southern Winds-LAFSA, Skanska, Enarsa-Venezuela, sobrepagos en obras públicas, publicidad oficial de Enrique Albistur, tren bala, compra de tierras fiscales en el sur, manejo irregular de fondos de la Secretaría de Transporte-tragedia de Once, Programa Sueños Compartidos, contratación de habitaciones del hotel Alto Calafate (Hotesur) por parte de Aerolíneas Argentinas y del Ministerio de Industria, Ciccone, privatización y expropiación parcial de YPF, actualmente sujeta a un fallo de Justicia de EEUU, etcétera.

En definitiva, por razones que van desde ejercer fielmente la función pública, respetar la ley en el giro comercial y empresarial, cumplir nuestras obligaciones cívicas debidamente, tener un mínimo de empatía con el prójimo, o -más egoístas- ser celosos fiscales del destino de lo que abonamos en tributos, convendría de una buena vez salir de la posición de pasividad y del supuesto "confort" en el que estamos (lo malo conocido) y asumir fielmente el rol que nos toque, o mejor aún,

aquello que hayamos elegido hacer para modificar el porvenir, al menos para nuestros tesoros más caros, nuestros hijos y nietos³⁴.

Cabe señalar que pese al progreso y avance normativo tendiente a prevenir, erradicar y sancionar la corrupción y sus escandalosos efectos, de acuerdo al ranking 2011 elaborado por Transparency Internacional, sobre el grado de corrupción en el sector público, según la percepción de empresarios y analistas del país, se verifica que Argentina se ubica en el puesto 100°, Perú en el 80° y España en el 31°³⁵.

En una información que se puede tomar de Internet³⁶ se dice que el próximo 10 de diciembre se cumplirán 24 meses de la jura del presidente argentino Mauricio Macri ante la Asamblea Legislativa en el Congreso de la Nación. En esa oportunidad, el primer mandatario afirmó que “este gobierno va a combatir la corrupción”. A partir de entonces, se propició un cambio de paradigma; se asoció la lucha contra la corrupción, a través de un aumento de la ética, la transparencia, la integridad, el control de las políticas públicas y del gasto público, con la lucha contra la pobreza. En este sentido, la lucha contra la corrupción se erigió como política de Estado y pilar fundamental del combate a la pobreza.

Sigue manifestando que en la Argentina de hoy, no hay lugar para la corrupción. La promulgación de la ley de acceso a la información pública, la ley del arrepentido y la reciente aprobación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas son parte de una multiplicidad de acciones anticorrupción gestadas y puestas en marcha en los últimos meses, que conducen la gestión hacia la transparencia.

34 Datos tomados de la nota de Infobae: www.infobae.com/2016/01/02/1780372-para-frenar-la-corrupcion-la-clave-es-el-sistema-contrataciones-publicas/

35 PÉREZ HUALDE, Alejandro. Instrumentos para un régimen de combate a la corrupción, Rev. La Ley, Argentina, 2011-D-926.

36 <https://es.weforum.org/agenda/2017/12/argentina-y-su-camino-de-la-integridad-y-la-transparencia-hacia-el-desarrollo-sostenible/>

Añade que en materia de integridad pública y lucha contra la corrupción, la estrategia se basa en la construcción de un Estado abierto, transparente y moderno. Innovador en el diseño de políticas públicas eficaces, orientadas a la defensa del interés público, incorporando herramientas de innovación y tecnología de gestión, que eviten los desvíos y prioricen la optimización de los recursos y el resguardo de los bienes estatales. Algunos indicadores concretos dan muestra del impacto de las acciones implementadas: en el ranking de Transparencia Internacional, entre 2015 y 2016, Argentina escaló doce lugares, lo que denota una importante disminución en la percepción de riesgo por corrupción a nivel mundial. En cuanto al Global Competitiveness Report, que mide la competitividad de los países, Argentina mejoró 12 posiciones entre 2016 y 2017, alcanzando el puesto 92, fundamentalmente impulsado por la mejora significativa y constante de la confianza en las instituciones públicas, privadas y en la innovación. La normativa de acceso a la información pública (Ley 27.275) aprobada en septiembre de 2016, introduce obligaciones de transparencia activa mediante la cual a cada área del Estado se obliga a publicar de manera accesible, gratuita, actualizada y en formato procesable, información sobre su nómina salarial, personal contratado, declaraciones juradas de funcionarios, ejecución de partidas presupuestarias y contrataciones entre otras cuestiones. Esta Ley crea además la Agencia de Acceso a la Información Pública, como un ente autárquico con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. La lucha contra la corrupción se erigió como política de Estado y pilar fundamental del combate a la pobreza. El Estado argentino ha diseñado e implementado diversos sistemas de gestión electrónica para expedientes, compras y obras públicas, que facilitan y transparentan el accionar del Estado y abren canales de comunicación directos con la ciudadanía. Los sistemas electrónicos Compr.ar y Contrat.ar mejoran y estandarizan múltiples procesos administrativos. El objetivo es lograr una total accesibilidad y simplicidad de estos procedimientos, de manera transparente, segura y eficiente. Estas herramientas permiten la obtención, explotación y análisis de datos que no estaban disponibles. Su aplicación ha incrementado la participación de compradores y proveedores en los procesos de

contrataciones públicas, de la comunidad en general y ha aumentado la competencia, redundando en mejores precios y resultados.

Ilustra el mismo comunicado, que la República Argentina ha incorporado la política de prevención de conflictos de intereses y la obligación del sector privado a reportar en los procesos de contratación pública, de cualquier índole, exigiendo a las empresas que licitan declarar si poseen algún tipo de vinculación con las más altas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional.

Afirma que para Argentina, la ética y la transparencia no es sólo una obligación del sector público sino que compromete también al sector privado: reafirma la necesidad de promover medidas de integridad en las empresas privadas y con participación estatal. La Ley de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas es un ejemplo de ello: prevé la sanción penal a personas jurídicas por delitos de corrupción y estipula la reducción de sanciones a las empresas que cuenten con programas de integridad. Esto implica un avance importante en materia de integridad y transparencia que permite, además de sancionar a las empresas por delitos de corrupción, introducir buenas prácticas, propiciar la cooperación público-privada, promover la implementación de programas de integridad y hacer más eficientes las políticas de lucha contra la corrupción. Argentina ha adherido también a la Recomendación sobre Integridad Pública de la OCDE, la cual fue acompañada por la solicitud de un Estudio de Integridad. Este estudio permitirá generar reformas eficientes y enfocadas con mayor precisión en la prevención de la corrupción, el fortalecimiento de la productividad y el crecimiento económico sostenible e inclusivo. Desafiando la impronta histórica de las contrataciones para la obra pública en Argentina, la Ley 27.328 de contratos de Participación Público-Privada, es una nueva alternativa de inversión al proceso usual de contrataciones del Estado. Propone una dinámica de mutua colaboración y toma de riesgos conjuntos entre el sector público y el sector privado para planificar y ejecutar a largo plazo el desarrollo de proyectos en áreas de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. La corrupción ya no es una opción en la Argentina. Los

argentinos le dijimos no a la corrupción y levantamos la vara de la transparencia para fortalecer el Estado y construir futuro. La lucha contra la corrupción no puede librarse aisladamente, implica el compromiso de todos los actores de la sociedad. El camino aún es largo e impone altos desafíos. En la celebración del Día Internacional contra la Corrupción es necesario redoblar el compromiso y proyectar el futuro desde hoy a partir de cimientos éticos y de acciones transparentes e íntegras.

Se trata obviamente de una publicación de sectores propios o cercanos del Gobierno Nacional argentino, que está lejos de ser la sensación o el pensamiento de la mayoría de los ciudadanos argentinos. Si bien los datos sobre la mejora en la ubicación del país en las mediciones realizadas internacionalmente, el lugar que sigue ocupando el sector privado no es el de los mejores, y las normas recientemente sancionadas, aún no pueden ser medidas en cuanto a sus rendimientos y performances. Es importante el cambio que se pregona y esperemos con optimismo a que se cumpla en la práctica.

Comparto entonces con el Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Ricardo Lorenzetti, manifestó que: "...es una oportunidad para pensar un nuevo contrato social basado en principios que sirvan a las generaciones futuras..."³⁷, pidiendo "transparencia para combatir la corrupción, solicitando hacer una fuerte autocrítica en todos los poderes del estado, porque existe una persistencia de los problemas de fondo, que no se solucionan si no que se trasladan". También agregó que "La corrupción existe cuando hay oscuridad. Con transparencia es la mejor manera de combatir ese flagelo..."³⁸.

Para ilustrar la magnitud de la corrupción endémica argentina de la que estoy exponiendo, cabe citar a dos investigadores del CONICET y docentes de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, Ariel Coremberg y Martín Grandes, quienes se abocaron a estimar el monto real de la corrupción en el sector público de la República Argentina, y establecieron que suponiendo que las coimas hayan sido del

³⁷ Discurso de apertura de la VII Conferencia Nacional de Jueces, Buenos Aires, septiembre, 2016.

³⁸ Idem anterior, publicado en Dario La Nación, 28/10/2016, Política, Jesús A. CORNEJO.

20% de la obra pública y tomando un 3% del total del producto bruto interno que se gasta anualmente, la corrupción habría costado en una década un 6% del producto bruto interno actual, o sea alrededor de 36.000 millones de dólares. Los propios autores de la investigación afirman que la misma desmiente algo que los propios autores pensaban antes de realizarla. Durante muchos años, creyeron que el tema de la corrupción tenía un impacto importantísimo y primordial sobre las cuestiones éticas, morales e inclusive en lo que hace a la economía en cuestiones microeconómicas de eficiencia del sector público. Pero al hacer este cálculo se encontraron con una magnitud macroeconómicamente relevante, que está sino primero, por lo menos, en el centro de nuestros problemas macroeconómicos, porque la magnitud que estimamos equivale a todo el déficit fiscal de un año, pero mucho más importante, es que equivale al 70 por ciento de las reservas del Banco Central. Esto quiere decir que de disponer de ese dinero, esos 36 mil millones de dólares, se podría haber tenido más resiliencia, haber moderado el impacto de la suba del dólar con más reservas en el Banco Central e incluso con obras públicas más eficientes, o haber hecho muchas más obras públicas de las que se hicieron³⁹.

III.2. En España:

En cuanto a España, se dijo que: “No es preciso insistir sobre la importancia que la lucha contra la corrupción tiene en el ámbito de la contratación pública, tanto cuantitativa como cualitativamente. En términos cuantitativos, se estima que un 20% del PBI de la UE se moviliza a través de la contratación pública, porcentaje al que se debe añadir el efecto inducido que esta actividad pública produce sobre el conjunto de la economía. Cualitativamente, si la corrupción es fuente de descrédito de las instituciones y de desconfianza hacia el proceso democrático, dada su predilección por los lugares de encuentro entre el poder político y el económico, puede afirmarse que los riesgos de corrupción en el ámbito de la contratación pública resultan especialmente elevados...⁴⁰. En definitiva, la corrupción en la

³⁹ <https://www.perfil.com/noticias/politica/el-costo-de-los-sobornos-us-36-mil-millones.phtml>.
https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/triste-historia-corrupcion-argentina_0_hnvB77Vud.html

⁴⁰ El primer informe Anticorrupción de la UE cifra entre un 20% y un 25%, alcanzando en ciertos contratos el 50%, los costes suplementarios producidos por la corrupción.

contratación pública es un fenómeno y una preocupación global, como atestiguan iniciativas e instrumentos promovidos por diferentes organizaciones internacionales como la ONU⁴¹, la OCDE⁴², el Consejo de Europa⁴³, y la propia UE, tanto en el ámbito de la prevención, como de la faz sancionatoria. La Comisión de la Unión Europea cifra el valor de las compras de bienes y servicios por parte de las administraciones y organismos públicos de los países de la OCDE en el 19,7% del Producto Interior Bruto europeo, por lo que su regulación jurídica resulta clave para afrontar la crisis económica y para la lucha contra la corrupción⁴⁴.

Gimeno Feliú advirtió que el mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen “mayores tentaciones” y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público⁴⁵. Agregó este importante autor, que el organismo no gubernamental Transparency Internacional afirma que la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno⁴⁶. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial, sigue diciendo Gimeno Feliú. Ilustra que El Parlamento Europeo, en su Resolución del 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude (DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011), indicó que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los

⁴¹Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacionales de Mercancías (CNUDMI) y la Convención sobre las Naciones Unidas contra la corrupción (CNUCC).

⁴²Por medio de las Guías para la Prevención de la Corrupción en la Contratación Pública y la Convención contra la Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales.

⁴³A través de los Convenios Penal y Civil y la creación del GRECO, acrónimo de «Grupo de Estados contra la Corrupción». CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATOS... Revista Aragonesa de Administración Pública ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, pp. 209-239 211 como en el de la represión, con la colaboración de agentes privados como ONG o empresas de consultoría.

⁴⁴www.uncitral.org.

⁴⁵GIMENO FELIÚ, José María, El necesario Big-Bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, setiembre-diciembre de 2016, p.2.

⁴⁶Idem anterior, p. 3.

riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea. La realidad nos presenta como en los procedimientos y ejecución de contratos públicos concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas (la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año -1% del PBI europeo- y conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior (Comunicación de la Comisión Lucha contra la corrupción en la UE)⁴⁷, y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas”⁴⁸.

También el profesor Jaime Rodríguez-Arana alertó que: “Un problema relevante en esta materia es que los gobiernos en general, sobre todo los occidentales, no han privilegiado la lucha contra la corrupción en sus políticas exteriores. Quizás porque la fuerte carga de corrupción existente al interior de sus países impidieron políticas anticorrupción netas e inequívocas que aislen a sistemas políticos corruptos. Por el contrario, sin ningún rubor, se comercia y trafica con estos regímenes como si nada, como si tales iniciativas fueran indiferentes o inocuas. Según el Banco Mundial, el coste de la corrupción en los países en desarrollo asciende a un billón de dólares y se observa que los peor calificados por Transparencia Internacional, Mali, algunos países árabes, Ucrania, Tailandia o Irak sufren graves conflictos bélicos. El caso de Irak es especialmente grave en este sentido porque el Ejército Islámico, quien lo podría imaginar, de la noche a la mañana salió vencedor frente a las fuerzas armadas iraquíes, que supuestamente contaban con un millón de efectivos, habían sido entrenadas por los EEUU y habían recibido nada menos que 20.000 millones de dólares de financiación desde 2006. La razón de este desajuste hay que buscarla en la depredación y sectarismo de las

⁴⁷ Comunicación de la Comisión Lucha contra la corrupción en la UE, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3).

⁴⁸ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España “PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia” file:///C:/Users/ROLAND~1/AppData/Local/Temp/201502_Informe_ContratacionPublica[1].pdf.

élites nacionales. Por ejemplo, se ha sabido de fuentes oficiales que el gobierno de Irak pagaba sueldos a 50.000 soldados inexistentes, no registrados, que iban a parar a los bolsillos de generales y oficiales, que se embolsaban la friolera de 30 millones de dólares al mes. Las denuncias de corrupción contra el régimen de Al Maliki fueron reprimidas ferozmente por las fuerzas de seguridad gubernamentales. En fin, este informe del Banco Mundial concluye que hay que entender el fenómeno de la corrupción en su real dimensión y darle la importancia que tiene, que es mucha. Por ejemplo, es menester valorar las actividades de política exterior susceptibles de entrar en círculos corruptos. Es necesario valorar determinadas intervenciones como pueden ser la cooperación militar, la inversión privada o la ayuda al desarrollo en países de corrupción endémica”⁴⁹. Agrega este destacado profesor, que: “120.000 millones de euros es el montante de lo que se calcula que se cobra la corrupción. 40.000 millones, según un estudio de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, en España. Son cifras ciertamente escandalosas que explican, especialmente en un momento de aguda y grave crisis económica, la magnitud de la opinión ciudadana sobre esta lacra social tan grave que azota a la tan civilizada Europa”⁵⁰.

De acuerdo a datos emanados de la Fiscalía General del Estado de 2013, los casos de corrupción en España aumentaron un 49,55% desde el año 2007, en el que comenzó la crisis. Los nombres de las investigaciones policiales sobre casos de corrupción en la contratación del sector público son conocidas en ese país por la mayoría de sus ciudadanos, habiéndoselas denominado operaciones Púnica, Enredadera, Mercurio, Gürtel, Palma Arena, ITV en Cataluña, Palau, Bárcenas, Patos, Musel, Pretoria, Roldán, Naseiro, papel del BOE, Filesa, Zamora, etc.⁵¹. La conclusión que se hace al respecto de todos estos casos es que lo peor es la sensación de impunidad que la mayoría de la población percibe frente a los responsables de estos casos, pues son muy pocos los condenados y menos los que

⁴⁹ RODRIGUEZ- ARANA, Jaime. La directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción, Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 30, jan./abr. 2017.

⁵⁰ Idem anterior, p.33.

⁵¹MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, Tesis Doctoral: Transparencia versus corrupción en la contratación pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción, Universidad de León, 2015, ps. 23-4, notas 48 a 55.

devuelven lo que han hurtado de las arcas públicas, siendo pocas las condenas y muchos los indultos⁵².

Acudiendo una vez más a los trabajos de investigación periodística, cito al que titula que Bruselas carga contra España por la elevada opacidad en la contratación pública, destacando que la Unión Europea ha puesto su punto de mira en la contratación pública española, estimando que su opacidad es más elevada que en la UE y pidió cambios normativos. La nota que es del 14/08/16, sostiene que la Comisión Europea exigió al Gobierno Español que haga más transparente los sistemas de contratación pública considerando insuficientes tanto los previos como los posteriores a la adjudicación. Se dice en dicho trabajo periodístico que mientras la contratación que se publicita a través de anuncios oficiales representa en la Unión Europea el 4,4% del PBI, en España apenas alcanza el 1,8% del PIB del año 2014, lo que sitúa a España en el puesto 23 de los 28⁵³.

Por otro lado, con el título de “La corrupción le cuesta una fortuna a la Unión Europea”, el Diario La Nación de la Argentina, afirma que: “La corrupción y el crimen organizado le cuestan a la Unión Europea un 4,8% de su Producto Bruto Interno (PBI) cada año, según un informe del Grupo Los Verdes del Parlamento Europeo”. Añade que en total la economía europea pierde 904.000 millones de euros anuales y solo en España esa cifra asciende a 90.000 millones de dolares. El informe de Los Verdes se titula “Los costes de la corrupción en la UE”. Dice además que esos 90.000 millones de euros significa aproximadamente el 8% del producto bruto interno español anual, o sea una proporción que duplica el promedio de los restantes países de la Unión Europea⁵⁴.

⁵² Ibidem, ps. 24-25.

⁵³ https://www.elconfidencial.com/economia/2016-08-13/contratacion-licitacion-bruselas-espana-corrupcion_1244724/

⁵⁴ <https://www.lanacion.com.ar/2200503-la-corrupcion-le-cuesta-una-fortuna-a-la-union-europea>.

Capítulo 2: Emergencia de un Derecho Global de la Contratación Pública

Derecho Administrativo Global. Derecho administrativo global en la contratación pública. Prevención y lucha contra la corrupción y el fraude. Convenios y normas de vigencia internacional en vigencia. El FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) de Estados Unidos de 1977. "Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude" (UCLAF). El Informe Nolan. Convención Interamericana contra la Corrupción. Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. OLAF. El Grupo Multidisciplinar sobre la corrupción. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Internacional Organizada. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC). La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea y el sistema normativo actualmente vigente en la UE.

IV. Emergencia de un Derecho Global de la contratación pública, trazos esenciales y sus principales objetivos y finalidades:

IV.1. Derecho Administrativo Global: Como es de público conocimiento, vivimos una época en la que la globalización es uno de sus principales fenómenos sociales. Y como no podía ser de otra manera, el mismo también incidió en el derecho administrativo, y sobre todo en las materias, cuestiones y aspectos supranacionales.

En este marco se presenta ante nosotros lo que se denomina “derecho administrativo global”, o “derecho administrativo de la gobernanza global”⁵⁵, o “derecho administrativo internacional” en sus versiones anglosajona y germánica, respectivamente, ha tenido un gran nivel de difusión y discusión académica y doctrinaria⁵⁶. Los franceses discuten sobre la denominación globalización o mundialización⁵⁷.

Esta especie de nuevo derecho “in fieri” y prudencial⁵⁸, porque rige y se aplica a través de aplicación más de principios que de normas sucede a otras propuestas de diferenciación del derecho internacional, llámense derecho cosmopolita, derecho trasnacional, derecho mundial⁵⁹.

El primero que comenzó con la denominación derecho administrativo global fue Sabino Cassese⁶⁰, quien inició su estudio del derecho administrativo más allá del estado, en su cátedra en la Universidad de Roma.

⁵⁵ KINGSBURY Benedict y STEWART Richard B., Hacia el derecho administrativo Global. Fundamentos, Principios y ámbito de aplicación, Ed. Derecho Global Sevilla, España, 2016, p. 21.

⁵⁶ DARNACULLETA GARDELLA Mercé, El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo? Revista de Administración Pública ISSN-L: 0034-7639, núm. 199, Madrid, enero-abril (2016), p 11; <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.01>

⁵⁷ AUBY Jean-Bernard, Globalización o descentralización, Revista de la Administración Pública, nº 156 (2001), p.7 y nota 1.

⁵⁸ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, Los principios generales de la contratación pública global (Especial referencia al Derecho Comunitario Europeo, trabajo integrante del Libro FIDA 2017, titulado Bases y Retos de la contratación pública en el escenario global), p. 988 y nota 10.

⁵⁹ LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián “Contextualizando el derecho administrativo global”, ACIDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2018, 11, pp. 259-305. DOI: dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6544.

⁶⁰ CASSESE, Sabino, “Administrative law without the state - The challenge of global regulation”, New York University Journal of International Law and Politics, 2005, 37, (4), pp. 663-694. Ver también CASSESE, Sabino, “Global standards for national administrative procedure”, Law and Contemporary Problems, 2005, 68, (3-4), pp. 109-126.

Se ha definido al mismo “como aquel que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada y legalidad y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueben”⁶¹.

El mismo Kingsbury amplió ese concepto diciendo que “comprende todo un conjunto de instrumentos, principios, prácticas y concepciones sociales, que promueven o influyen en la rendición de cuentas y en la supervisión (accountability) de las organizaciones administrativas que se sitúan en el plano global, a través, primero, del cumplimiento de estándares adecuados, tales como la transparencia, la participación, la motivación de las decisiones, y el principio de legalidad; y, segundo, mediante el efectivo control y revisión de las decisiones que tales organizaciones adoptan”⁶².

Kingsbury menciona como fuentes primarias del nuevo derecho global, los principios emanados de los derechos administrativos nacionales, los principios de la OMC, y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.) cuya actividad tiene eficacia frente a particulares⁶³. La mirada europea puso más enfoque en la influencia de las normas y disposiciones de origen internacional sobre el derecho administrativo nacional⁶⁴.

También afirma Kingsbury que esa administración global se organiza con frecuencia en torno a principios que poseen una evidente naturaleza administrativa. Desde esas premisas, sostiene, puede advertirse la emergencia de un Derecho administrativo Global, que se nutre de fuentes diversas, siendo presentado como el

⁶¹ KINGSBURY, Benedict; KRISCH Nico y STEWART Richard B. El surgimiento del Derecho Administrativo Global, en la obra *El nuevo derecho administrativo global en América Latiina*, 1ª. Ed., 2009, p. 24.

⁶² Capítulo II de la obra citada en nota 55.

⁶³ KINGSBURY, Benedict. *The administrative law frontier in global governance*, ASIL proceedings, 2005, pp. 1 y ss.

⁶⁴ Ídem, pp. 4 y ss.

Derecho de la transparencia, de la participación, de la motivación, del control, y, a la postre, de los mecanismos de responsabilidad y dación de cuentas en la gobernanza global, y con la finalidad, que lo fundamental es dotar a todas las organizaciones que ejercen alguna forma de poder, de legitimidad.

Pero aún se discute si puede hablarse consistentemente de la existencia de un Derecho Administrativo Global, o lo que es similar, en concreto, si existe ya⁶⁵; algunos dicen que sus sostenedores “han tenido el acierto de dar un nombre a un nuevo fenómeno, con todo lo que tiene de mágico y, a la vez, de peligroso el hecho de nombrar”⁶⁶ y califican a este nuevo fenómeno como un supraconcepto o concepto clave, “en los que se englobarían los principios jurídicos aplicables a la actividad transfronteriza de las administraciones internacionales”⁶⁷ y que como tal, “posee unos contornos poco claros y un valor dogmático todavía sujeto a discusión”⁶⁸. Incluso se ha sostenido que “La evolución del Derecho Administrativo Global, desde su emergencia hace diez años como proyecto de investigación hasta su consolidación actual como concepto clave, permite afirmar que se ha sembrado ya la semilla de la que se espera la germinación de una nueva rama del Derecho y de una nueva disciplina. En este sentido, no es posible desconocer el interés de la doctrina administrativista por conquistar un nuevo campo de investigación que se encuentra a medio camino entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Público”⁶⁹. Para motivar esta especie de intromisión en otras ciencias, los administrativistas sostienen que en esencia el Derecho Administrativo Global se centra en la constatación de que los fenómenos globales tienen un mejor tratamiento si se establece un puente o diálogo entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Público. Pudiéndose agregar, que en forma manifiesta el Derecho Ad-

⁶⁵ GORDILLO, Agustín, Hacia la unidad del derecho global, también contenido en la obra citada en nota 61, p. 108.

⁶⁶ Resulta importante en este sentido la lectura de MARKS Susan (2005), «Naming Global Administrative Law», *New York University Journal of International Law and Politics*, 37, ps. 995-1001.

⁶⁷ MÖLLERS, Cristoph; TERHECHTE Jörg. P., *Europäisches Verwaltungsrecht und internationales Verwaltungsrecht*, 2011: p.1439.

⁶⁸ BAER, Susan, 2004, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnisinstrumente und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, en Schmidt-Abmann y Hoffmann-Riem (coords.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, p. 225.

⁶⁹ DARNACULLETA, Gardella, ob. cit en nota 39, p. 20.

ministrativo Global demuestra la progresiva eliminación de la distinción entre Derecho internacional y Derecho interno y, también, entre Derecho público y Derecho privado⁷⁰.

Se han expuesto argumentos sólidos para negar al Derecho Administrativo Global tanto su condición de nueva disciplina como su condición de nueva rama del Derecho. Sin poder determinar actualmente los contornos definitivos del Derecho Administrativo Global que están todavía discutiéndose, algunos doctrinarios administrativistas denotan que no se ha logrado delimitar o, en su caso, integrar adecuadamente, los planteamientos del Derecho Administrativo Global con los de la Gobernanza global, el Constitucionalismo global y el Derecho Internacional Público⁷¹. Tampoco hay consenso ni sobre el objeto ni sobre el método propio de esta eventual nueva rama del Derecho⁷². Se ponen además serias vacilaciones sobre la naturaleza jurídica de algunas de las normas y principios que integran el espacio jurídico global⁷³.

Uno de los primeros en cuestionar el Derecho Administrativo Global fue Bhupinder Singh Chimni, desde la perspectiva de la escuela de las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional, sosteniendo este autor indio, que aquel proviene de una clase capitalista transnacional que busca legitimizar, en su propio beneficio, un derecho de naturaleza imperial por lo que solo pasaría a constituir un instrumento de resistencia y cambio en el derecho internacional si sus principios procesales se complementan con un régimen sustantivo cercano a los derechos humanos, implementado por movimientos sociales globales y organizaciones no gubernamentales, que son los únicos actores capaces de hacerlo, allí donde el poder está desigualmente distribuido⁷⁴.

⁷⁰ Se puede ver una síntesis en AUBY J. B. 2013: p. 215. cit. en nota 57.

⁷¹ CASSESE, S. ob. cit., nota 57, 13-2, p. 465.

⁷² MÖLLERS, C. ob. cit., pp. 470-72.

⁷³ MÖLLERS, C. y TERHECHTE J. P. (2011: 1440-1444); y VON BOGDANDY A. (2008 pps. 683-697).

⁷⁴ CHIMNI, Bhupinder Singh, "Co-option and resistance: two faces of global administrative law", 2005.

Susan Marks y Carol Harlow⁷⁵ han compartido, en gran medida y con otras expresiones, las críticas formuladas por Chimni. De acuerdo con Harlow⁷⁶, el GAL no debiera desentenderse de los principios fundantes del derecho administrativo comparado, en un contexto de pluralismo jurídico. Esto es, de la democracia y la preeminencia del derecho o rule of law, en su acepción amplia, comprendiendo tanto lo procesal como lo sustantivo⁷⁷. Kingsbury, Krisch y Stewart, en varias ocasiones reconocieron estas objeciones⁷⁸.

De todas maneras, la gran mayoría de la doctrina actual reconoce que la utilización del Derecho Administrativo Global como concepto clave constituye un intento de los profesores de Derecho Público de convertir en realidad a través del lenguaje un proyecto de la globalización que integre los valores que han formado parte en todo del desarrollo de su rica historia y de su acervo conceptual. Se trata de un proyecto normativo que pretende que el ejercicio de autoridad y de poder público a nivel supranacional se dote de las mismas garantías que son exigibles a dicho poder en el ámbito nacional respectivo. Y sólo la posibilidad de que ello acaezca merece el mayor de los aplausos⁷⁹.

Por su parte, Rodríguez-Arana presenta al Derecho Administrativo Global como perteneciente al fenómeno de integración jurídica, en el que la libertad, la igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia, la imparcialidad y la objetividad presiden el entero sistema normativo de la contratación administrativa en el seno de la Unión Europea, afirmando categóricamente que “la existencia del Derecho Administrativo Global es, a día de hoy una realidad indudable. Poco a poco, va inundando los sectores tradicionales del Derecho Administrativo o

⁷⁵MARKS, Susan y HARLOW, Carol. Naming global administrative law”, New York University Journal of International Law and Politics, 2005, 37, (4), pp. 995-1001.

⁷⁶HARLOW, Carol, idem.

⁷⁷KINGSBURY, KRISCH & STEWART, “The emergence of global administrative law”, 2005, pp. 27 y 51-52; Kingsbury, “The administrative law frontier...”, 2005, p. 150; Stewart, “The global regulatory challenge...”, 2005, p. 757; y Krisch & Kingsbury, “Global governance and global administrative law in the international legal order”, 2006, pp. 11-12

⁷⁸Ver también KINGSBURY & DONALDSON M., “Global administrative law”, 2015, párrafo 58; y Stewart, “The normative dimensions and performance of global administrative law”, 2015, p. 499.

⁷⁹DARNACULLETA CERDEÑA, ob. cit. p. 49.

Nacional”⁸⁰. Este maestro del derecho administrativo lo presenta como un Derecho “in fieri”, que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un parlamento global, de un gobierno global y de un tribunal global, por lo que este incipiente Derecho Global opera a través de principios, que proyectan la cláusula del Estado de Derecho, intentando evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este ordenamiento jurídico administrativo global. Reconoce este académico que hasta ahora el nuevo derecho administrativo global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de ser ordenación jurídica del poder para libertad de todos los seres humanos en la dimensión global, pero también señala que se han ido produciendo una serie de hechos y regulaciones, que aún fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional. Y destaca que “en el ámbito de la contratación pública es donde, a mi juicio, el desarrollo del Derecho Administrativo Global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los ordenamientos del planeta inspirados en el Derecho de matriz romano-germánica”⁸¹.

Sobre esta misma temática, también el tratadista Agustín Gordillo se expresó bajo el título “La irreversibilidad de la tendencia”, diciendo que el fenómeno y la tendencia parecen pues irreversibles, aplicándose tanto a los tratados de derechos humanos como a los tratados de integración económica y a todas las nuevas modalidades, tratados, organizaciones y redes formales e informales que estamos mencionando. La tendencia de la marcha hacia el orden jurídico mundial es indudable y no hay vuelta atrás en el creciente orden jurídico mundial⁸².

⁸⁰ RODRÍGUEZ ARANA Jaime. Los Principios del Derecho Global de la Contratación Pública, Revista de Derecho-UCU, 13 julio 2016, p. 191.

⁸¹ Idem ob. últ. cit. p.192.

⁸² GORDILLO, Agustín. Hacia la unidad del orden jurídico mundial, ob. cit. en nota 65, p. 109.

En este multifacético derecho emergente, se pueden distinguir cinco tipos de Administración Global, a saber: a) administración por parte de organizaciones internacionales formales de alcance mundial, como es el caso del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); b) administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación, como es el caso del Comité de Basilea en materia de regulación bancaria; c) administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes de colaboración, como ocurre en materia ambiental; d) administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados, como es el caso del órgano regulador de las direcciones en Internet, la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN); y e) administración por instituciones privadas con funciones regulatorias, como es el caso de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO).

Es necesario, según Juli Ponce, para referirse a un espacio jurídico cuyos rasgos constitutivos se diferencian de la habitual representación de la comunidad mundial, marcar esas dos distinciones en estos puntos de vista: en cuanto a los sujetos, porque a los sujetos tradicionales de la comunidad internacional, se les suma, en cuanto a reguladores, una rica variedad de poderes públicos globales y de organismos privados sobre el de los destinatarios de la regulación, que es el conjunto de sujetos privados; respecto de los institutos, porque la regulación de las acciones de distintos tipos de sistemas globales y de los demás sujetos del espacio jurídico global, contrariamente a lo que presupone la reconstrucción más difundida de la ciencia del Derecho Internacional, frecuentemente recurre a institutos relativos a la administración (piénsese, por ejemplo, en las reglas relativas al procedimiento y a la participación de los particulares); y desde la perspectiva de las fuentes, porque el derecho administrativo global no se agota en las fuentes clásicas del derecho público internacional, sino que también utiliza, de forma intensiva, medidas de distintos tipos.

Acaece la emergencia de un Derecho administrativo global, derivado del paulatino incremento de diversas maneras de regulación administrativa para afrontar las consecuencias de la interdependencia globalizada, mediante estructuras globales o trasnacionales.

Una respuesta ha sido el desarrollo de regímenes intergubernamentales de mecanismos propios del derecho administrativo. El Derecho administrativo global comprendería, las estructuras, procedimientos, reglas y principios que limitan y orientan la toma de decisiones de tales organismos intergubernamentales, en su variada tipología actual, en continua evolución. La propia existencia y alcance de ese derecho administrativo global está sujeto a discusión⁸³.

El Derecho administrativo sufre una importante ampliación de modo que llega a incluir, además de las administraciones nacionales, a las administraciones comunitarias y globales, una reconstrucción precisa de los rasgos distintivos del nuevo derecho administrativo, a las administraciones nacionales *latu sensu*, a las administraciones comunitarias y globales, y sus disciplinas, una reconstrucción y acumulación precisa de los rasgos distintivos del “nuevo” Derecho administrativo no puede prescindir de una comparación, no sólo entre el componente nacional y ultraestatal, sino además, de los mismos componentes ultraestatales.

El derecho administrativo global nació como un método para analizar regulaciones parcialmente ignoradas por el derecho internacional. Para esto, el GAL Project, que es la denominación que los académicos de la Universidad de Nueva York que promueven este proyecto académico han escogido⁸⁴, y propuesto partir no del derecho internacional, sino del derecho administrativo, a fin de utilizar algunas

⁸³ PONCE SOLÉ, Juli (Coordinador), *Derecho Administrativo Global, Organización, Procedimiento, Control Judicial*, autores Edoardo Chiti, Arancha González, Bárbara Marchetti y Juli Ponce Solé, Ed. INAP Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, ps. 10-12.

⁸⁴ GAL son las siglas de Global Administrative Law, que traducido al español es el Derecho Administrativo Global.

de las categorías de este derecho para entender y explicar los problemas que surgen de la globalización⁸⁵.

Esta circunstancia explica, en parte, el desarrollo de la escuela del GAL en Norteamérica y Europa occidental. Mientras que en Estados Unidos es más pragmática, privilegiando los aspectos procesales del derecho administrativo global; en Italia y Francia, así como en España, es más teórica, estudiando preferentemente lo sustantivo de este derecho⁸⁶.

En el ámbito estadounidense, los promotores del derecho administrativo global comenzaron centrándose en ciertos principios adjetivos del GAL, como la participación, la transparencia, la motivación jurídica, la revisión judicial y la rendición de cuentas y responsabilidad, en el sentido de la expresión inglesa "accountability"⁸⁷. En esta primera etapa del proyecto, principios sustantivos del GAL, como la proporcionalidad y el respeto de las expectativas legítimas, fueron mencionados excepcionalmente, y muy al pasar⁸⁸.

Kingsbury ha insistido en la noción de "publicness", en lugar del carácter público que debe tener un determinado régimen regulatorio para que pueda ser considerado como parte del derecho administrativo global. Entiende que público es lo que proviene de la totalidad de la sociedad respectiva y se refiere a asuntos de su interés general. Los principios que componen esta condición de publicness son, entre otros: legalidad, racionalidad, proporcionalidad, preeminencia del derecho o rule of law y respeto de los derechos humanos. De acuerdo con Kingsbury, el principio de legalidad consiste en que los actores de un sistema deban actuar conforme a las reglas que lo regulan; el principio de racionalidad se relaciona con el

⁸⁵ Ver CASINI, Lorenzo. "Beyond drip-painting? Ten years of GAL and the emergence of a global administration", *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 13, (20), en pp. 473-474 y 477; y CASINI, L. "Global administrative law: cases, materials, issues", 2016, pp. 548-553 y 555-556.

⁸⁶ Ver CASINI, idem última obra citada.

⁸⁷ STEWART, Richard. "U.S. administrative law: a model for global administrative law?", *Law and Contemporary Problems*, 2005, 68, (3-4), pp. 63-108; y Stewart, Richard, "The global regulatory challenge to U.S. administrative law", *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, 37, (4), pp. 695-762.

⁸⁸ KINGSBURY, KRISCH & STEWART, "The emergence of global administrative law", 2005, pp. 40-41; Kingsbury, "The administrative law frontier...", 2005, pp. 144, 146-147 y 149; Cassese, "Administrative law without the state...", 2005, pp. 684-694; y Cassese, "Global standards for...", 2005, pp. 110-111, 120-121 y 125-126.

de motivación jurídica; la preeminencia del derecho tiene una naturaleza procesal; y el respeto a los derechos humanos se refiere al contenido sustantivo que no queda cubierto por la noción de rule of law⁸⁹.

La línea de estudio propuesta por el GAL Project ha sido particularmente exitosa. Entre los factores que explican esto, se puede mencionar el empleo de la palabra de moda “global” y, sobre todo, su aproximación pragmática y casuística. En efecto, los trabajos provenientes de esta vertiente generalmente no se quedan en abstracciones doctrinales. Un buen ejemplo de esto se puede encontrar en el voluminoso libro de casos o casebook del GAL, editado por el Instituto de Investigación en Administración Pública, fundado en 2004 por Sabino Cassese y otros profesores italianos de derecho administrativo. A través de un método multidisciplinario, las publicaciones que se identifican con el GAL Project han analizado, desde su particular punto de vista, el accionar de distintos regímenes regulatorios, lo que a su vez ha facilitado el estudio del derecho administrativo global en diversas universidades, principalmente norteamericanas, europeas y latinoamericanas, favoreciendo la creación de redes académicas⁹⁰.

Rodríguez-Arana Muñoz señaló que este Derecho Administrativo Global tiene aplicación específica en el llamado espacio jurídico administrativo global en el que habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremanera al tradicional entendimiento del Derecho Administrativo, sobre todo en los sectores del Derecho Ambiental, el Derecho de la Contratación Pública, el Derecho de la Seguridad o el Derecho Marítimo, tratándose de un proceso jurídico imparable que, con luces y sombras, poco a poco va calando en la conciencia jurídica europea⁹¹.

⁸⁹ Según KINGSBURY, el principio de legalidad consiste en que los actores de un sistema deban actuar conforme a las reglas que lo regulan; el principio de racionalidad se relaciona con el de motivación jurídica; la preeminencia del derecho tiene una naturaleza procesal; y el respeto a los derechos humanos se refiere al contenido sustantivo que no queda cubierto por la noción de rule of law.

⁹⁰ KINGSBURY, “The concept of ‘law’ in global administrative law”, 2009, pp. 31-33; y Kingsbury, “Weighing global regulatory rules and decisions in national courts: definitional issues in global administrative law”, 2009, pp. 113-118.

⁹¹ Ob. cit. nota 58, p. 196.

Del mismo modo, Darnaculleta Gardella destaca que pueden encontrarse interesantes aportaciones del Derecho Administrativo Global del sector de los mercados financieros, el medio ambiente, internet, la ciencia, la contratación pública, el nuevo sector de la administración del desarrollo económico, el derecho de la seguridad social, el derecho financiero y el derecho de la inmigración⁹².

Al revisar el alcance del Derecho Administrativo Global, se pueden reformular varios de los problemas comunes sobre la legitimidad de las instituciones internacionales y el déficit democrático de las mismas, pretendiendo la investigación subrayar hasta qué punto ciertos mecanismos de participación en el procedimiento o en el control judicial que se dan en el ámbito estatal nacional, están ausentes a nivel global, invitando abiertamente a pensar en cómo crear e incorporar procedimientos, instituciones, principios y recursos en ese ámbito, teniendo especial relevancia los mecanismos de control y rendición de cuentas (accountability), especificándose sobre esto tres modelos: instituciones nacionales como contrapeso de la administración global; mecanismos internos adoptados por las instituciones globales para la participación, el control y la rendición de cuentas; y el régimen global de la administración global o diseminada, o sea, las agencias intergubernamentales que promueven normas de alcance global para gobernarlas internamente, y para ser aplicadas por las administraciones nacionales cuando operan en la esfera global o se vinculan con estas agencias, ejerciendo de esta forma, el derecho administrativo global, una especie de control sobre algunas actuaciones de la Administración interna nacional.

Dentro de los planteamientos que surgen del derecho administrativo global está el aspecto de qué debe hacerse, qué criterios o principios deben aplicarse, cómo y qué valores o estándares han de servir para solucionar determinados problemas, no siendo el tratamiento meramente descriptivo, sino por el contrario, se trata de desarrollar las distintas estrategias y teorías para el diseño institucional del derecho administrativo global, marcándose dos lineamientos básicos al respecto, siendo el primero el de la proyección o trasvase de los principios de dicho derecho de abajo

⁹² Ob. cit., p. 33.

hacia arriba, y el segundo, en configurar instrumentos jurídicos en el plano internacional, de arriba hacia abajo.

Incluye este aspecto del desarrollo del derecho administrativo global, el concepto de derecho en el mismo, el que según sus fundadores y sostenedores, se basa en un hecho social, resaltándose las fuentes de las que emana el derecho, así los criterios para el reconocimiento y aceptación de las mismas, vinculando el derecho en el ámbito de lo público, siendo esto derivación del creciente uso en la práctica del control judicial, de la motivación, de los requisitos de publicidad y de transparencia que rigen y aplican las entidades de la administración global, siendo mayoritaria la postura de que en lugar de parcelar los distintos niveles de regulación (por sector, territorio o finalidades), es conveniente tratarlos como un todo como un universo variado que incluye instituciones, redes transnacionales, administraciones nacionales y sujetos particulares, proponiéndose un espacio administrativo global que supere las formas tradiciones de comprender el derecho internacional (por ejemplo si es intergubernamental o internacional), en las que se utilice diferencias netas y marcadas entre lo que es internacional y nacional. Conciben al derecho administrativo global, como desbordando esas estrictas barreras, siendo necesario para entender su profundidad, que toda organización o régimen sectorial que se integra y se aprecia como integrante del sistema global, contenga límites y normas que sean inherentes al Derecho público, entendido como aquello que ha sido forjado por toda la sociedad y aplicado por y para toda la sociedad, con características de público y general.

En cuanto a los retos que supone para los tribunales nacionales la gobernanza global y cómo éstos pueden apreciar si una resolución emitida por una organización intergubernamental satisface las exigencias de lo público, ya que algunos autores plantean un criterio que se extienda mas ampliamente que la respuesta que se otorga por los tribunales nacionales incorporan el derecho internacional, de modo que se integre una teoría unificada del derecho más general y amplia, que pueda ser manejada también por los jueces internacionales cuando les incumbe la interpretación o aplicación de legislación nacional, así como cuando las

organizaciones intergubernamentales tienen que evaluar y juzgar las normas de otras instituciones globales. Algunos autores del derecho administrativo global dicen que la solución es el carácter público que se otorgue a una norma o resolución, relacionando esa naturaleza pública con su carácter democrático, porque son parte del proceso de organización política y de expectativa de la sociedad o de la institución, por lo que rebasan la esfera meramente jurídica. Pero a poco que se analice esta solución surge que esto es propio de un criterio descriptivo unido a lo sociológico y político, más que a uno normativo o prescriptivo como trata de ser el nuevo derecho administrativo global.

Sabino Cassese señaló que este derecho administrativo global tiene los caracteres de ser difuso, plural, asociativo y progresivo⁹³.

El derecho administrativo global confirma además lo que muchos doctrinarios administrativistas venían pregonando de que el derecho administrativo ya no se lo mira como el lugar donde el Estado con sus poderes exorbitantes y de prerrogativa pública entra en contacto con el ciudadano, sino que por el contrario, la nueva perspectiva muestra un derecho administrativo con un cambio de paradigma, donde la administración y el derecho administrativo es definido a partir del propio ciudadano y de sus libertades, no desde el poder o prerrogativa⁹⁴.

IV.2.-Derecho administrativo global en la contratación pública:

Sostiene acertadamente Moreno Molina que uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública, habiendo sido los contratos en los últimos años objeto tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones

⁹³ CASSESE, Sabino. *Il diritto Amministrativo Globale*,: una introduzione, conferencia del 10/01/2005 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma.

⁹⁴ Por todos ver: HERNÁNDEZ G. José Ignacio. El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global: su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española, *Anuario de Facultad de Dereito de Universidade da Coruña*, n.16, pp. 197-223, 2012, p. 201.

administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa, agregando respecto a la noción de derecho administrativo global, que la misma admite dos interpretaciones distintas: una restrictiva y otra amplia. En sentido estricto comprendería las normas y los principios que disciplinan la acción administrativa de las instituciones internacionales y de las administraciones nacionales como ejecutoras de esas decisiones. En sentido amplio, mientras tanto, describiría el proceso de desarrollo de un derecho administrativo común en esta materia⁹⁵.

Por su parte, Gimeno Feliú señala que el sector de la contratación pública es el que más actualidad presenta, no sólo por las novedades que constantemente presenta, sino además, por la incidencia que el mismo tiene en el diseño de la efectividad de las políticas públicas del estado. Se presenta como el escenario principal donde reflexionar y analizar acerca de la prevención y lucha contra la corrupción, siendo oportuno ante el debate que se realiza en la mayoría de las sociedades del mundo, acerca de la regeneración democrática, la revisión del modelo normativo, su necesaria codificación, y la superación de un sistema opaco y burocrático por un modelo más profesional y eficiente, es el momento de consolidar que ponga en valor los principios de integridad y de buen gobierno. Propone como nuevo modelo jurídico y procedimental en esta materia, uno más estable y eficaz, que partiendo desde la simplificación normativa, evite su dispersión y permita una gestión eficiente e íntegra (honesta) de los recursos públicos. Ese cambio debe permitir el origen de una nueva cultura y habilitar una gestión diseñada desde una concepción estratégica y no meramente burocrática, rediseñando los procedimientos de contratación pública en búsqueda de una mejor solución y ejecución. Sostiene que el nuevo modelo tiene que contener la buena gobernanza que signifique además la eficiencia y contención en el déficit público, articulando el principio y obligación de la transparencia en beneficio de todo licitador, una publicidad adecuada que permita abrir los mercados a la competencia, y controlar

⁹⁵ MORENO MOLINA, José Antonio. El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública, Revista DIXI, v. 14, n. 15, enero-junio 2014, p. 10.

la imparcialidad en la adjudicación de los contratos⁹⁶. Para obtener dichas metas, propone y establece un enfoque estratégico importante para combatir la corrupción y promover la integridad.

La Recomendación de la OCDE sobre Contratación Pública es el principio rector general de la OCDE sobre contratación pública que promueve el uso estratégico y holístico de la contratación pública. Es una referencia para modernizar los sistemas de compras y se puede aplicar en todos los niveles de las empresas estatales y no estatales. Aborda todo el ciclo de adquisición, al tiempo que integra la contratación pública con otros elementos de gobernanza estratégica, como la presupuestación, la gestión financiera y otras formas de prestación de servicios. Esta Recomendación de 2015 se basa en los principios fundacionales de la Recomendación de la OCDE de 2008 sobre Mejora de la Integridad en Contratación Pública, ampliándolos para reflejar el papel fundamental que la gobernanza de la contratación pública debe desempeñar para lograr la eficiencia y avanzar en los objetivos de política pública. Al ayudar a los gobiernos a cumplir mejor sus objetivos de política, la contratación pública bien gobernada contribuye directamente a una mayor confianza pública, un mayor bienestar y sociedades más prósperas e inclusivas⁹⁷.

Con referencia a la importancia y magnitud que significa la Unión Europea, bien cabe aludir a los datos que expone Moreno Molina, de que tiene actualmente una población superior a la de Estados Unidos y Rusia juntos, es la mayor potencia comercial del mundo, genera la cuarta parte de la riqueza mundial, es la mayor donante de ayuda al desarrollo de los países pobres. Su sector destinado a la contratación pública tiene por ende una gran importancia económica y sociedad en todas las sociedades modernas, sus contratos de las administraciones públicas suponen más del 16% del producto interior bruto comunitario, siendo su papel fundamental en sectores claves de la economía como en la construcción y obras públicas, energía, transportes, telecomunicaciones e industria. Son mucha cantidad

⁹⁶ GIMENO FELIÚ, José María. Nuevos paradigmas de la contratación pública: la transparencia y la identidad en un contexto de prevención de la corrupción, Universidad de Zaragoza, Observatorio de Contratación Pública, file:///H:/documentos_8-Ponencia-JM-Gimeno_5f0c721f%20(2).pdf.

⁹⁷ <http://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

de empresas, desde las grandes constructoras a las Pymes, vinculadas como adjudicatarias directas o subcontratistas de la contratación pública⁹⁸.

Desarrollaré cuales son los principios del Derecho Global de la Contratación Pública más relevantes, y la incidencia del mismo en la situación actual de la contratación pública en todo el mundo actual.

Indica Rodríguez-Arana que en cuanto a los principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado los edificios jurídicos de los dos sistemas jurídicos, uno el jurídico administrativo de corte francés, y el otro el del "rule of law" de inspiración anglosajona, cobran ahora una especial relevancia porque es inocultable que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden ni deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública⁹⁹. Entiende este autor que las experiencias del Derecho Administrativo Global en distintos sectores, como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, el de la contratación pública, el deportivo, entre otros, todos de dimensión universal, irán mostrando un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que superan las fronteras nacionales; desde el principio de legalidad, hasta la separación de poderes, pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas, sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de "cheks and balances", existen principios y criterios del Estado de Derecho que permiten hablar de un Derecho Administrativo global de base principal, que en materia de contratos es patente¹⁰⁰.

⁹⁸ MORENO MOLINA, José Antonio. Derecho global de la administración pública, 1ª. Ed. México 2011, pp. 32/33 y nota 20, donde informa que según datos de la Comisión Europea, los contratos públicos superan alrededor de un 16% del producto interior bruto comunitario, o sea. Alrededor de 1.500.000 millones de euros.

⁹⁹ Ob. cit. en nota 80, p. 194 y cita en nota 8 de SIRVENT GUTIÉRREZ, Sistemas jurídicos comparados, Porrúa, México.

¹⁰⁰ Ibídem, p. 195 y cita en nota de CASSAGNE, Juan Carlos, Principles of Global Administrative Law en ROBALINO J., Rodríguez-Arana, (Editors), Cameron&cMay, London, 2010, pp.33/91.

Amplia el panorama Rodríguez-Arana, ilustrando que en materia de contratación los principios son la clave de bóveda del sector, ya que sin principios, que además son globales, no hay sistema global de contratación pública¹⁰¹.

En el derecho de la contratación pública global los principios juegan un papel central, ya que los de objetividad, igualdad de trato, suponen que el derecho administrativo global cumpla con la función que tiene encomendada de ordenar racionalmente los asuntos públicos de dimensión global con criterios de justicia. Es que en la contratación pública global, fueron los principios generales los que dieron plataforma de marcha a las normas de orden global que se han ido estableciendo en el régimen general de los contratos públicos de los numerosos entes públicos de la administración pública global, permitiendo conocer si las licitaciones se realizan en un marco del estado de derecho, si se conducen de acuerdo al interés público global, colocando para todos los ciudadanos mundiales, obras y servicios públicos de calidad que permitan mejorar realmente sus condiciones de vida. Los principios son en suma, los elementos basales del ordenamiento, que sostienen y dan vida a las normas jurídicas.

Los cuatro elementos fundamentales del derecho global administrativos son la transparencia, participación, motivación y control, los que pueden contribuir a que muchas organizaciones globales regulatorias, resuelvan sus problemas de cooperación y coordinación, porque potencian la calidad de sus reglas y de los grupos afectados, a la par que suscitan la adhesión o apoyo al régimen o sistema global. Esos cuatro elementos, en la faz de implementación cuando van acompañados de un control efectivo, podrán generar una aplicación de las reglas más coherente y precisa, tanto internamente como en la estructura de la administración descentralizada e indirecta, como surge de la praxis en sistemas como la OMC, la Convención Aarhus, o el sistema antidopaje en el deporte. Debe tenerse cuidado además, de ponderar que son abundantes las versiones o manifestaciones de ese cuarteto de elementos. Las dimensiones de la transparencia son variadas, y diferentes son también las formas de participación, distintas las

¹⁰¹ ibídem, p. 196 con cita en nota 13 de DELPIAZZO, C. E., Los principios generales en la contratación pública, Director Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern Enrique, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

exigencias de la motivación, y numerosos los mecanismos de revisión y control; por lo que se debe proceder con mucha cautela cuando se deba determinar qué elementos y en qué medida deben escogerse en la consecución de esa doble dimensión –funcional y normativa- en cada circunstancia o causa en particular.

Los principios generales de la contratación pública global han sido la esencia, finalidad y motivo de las normas que elaboraron los distintos entes públicos globales, como son la transparencia, igualdad de trato, exigencia de licitación pública, imparcialidad, equidad, cláusula de progreso científico, centralidad de la condición humana.

Corresponde resaltar que el Derecho Administrativo Global que es un derecho en construcción, que se encuentra desarrollándose poco a poco, que opera a través de principios que proyectan la cláusula del estado social y democrático de derecho, procura evitar que sea la racionalidad económica o la técnica las que terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de ese ordenamiento jurídico global¹⁰². Por lo tanto, la situación de la contratación pública es paradigmática, pues los principales documentos supranacionales, globales en materia de contratación, se han edificado con el material de los principios: el de no discriminación, el de igualdad, el de publicidad, el de libre competencia; los que son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos por manejar fondos públicos, de actuar con transparencia, fomentar la igualdad y adjudicar el contrato a la oferta mejor para el interés general, que es siempre el elemento central que gobierna el régimen entero de aplicación; es indudable que en materia de contratos públicos, los principios han sido la base de las normas que se fueron posteriormente elaborando, en el caso por ejemplo del espacio jurídico europeo, de las Directivas comunitarias en la materia.

La existencia de regulaciones globales en sectores como el de la seguridad pública, la regulación de la energía, las telecomunicaciones, la inmigración, el medio ambiente, la llamada ayuda al desarrollo y claramente, el de la contratación pública, demuestra la existencia actual de una interdependencia y cooperación

¹⁰² RODRÍGUEZ-ARANA J. ob. cit. en nota 58, p. 886.

intergubernamental que van señalando que la solución a varios de los problemas de dimensión pública deben buscarse en esta nueva versión del pensamiento plural, dinámico y complementario que se llama globalización.

En este plano global en tratamiento, las experiencias del nuevo derecho administrativo que lleva ese aditamento, recoge las experiencias habida en una pluralidad de redes y tejidos de importante vigencia, como el de los derechos humanos, del comercio internacional, del cultural, del agrícola, de la contratación pública, del deportivo, entre tantos otros, de indudable naturaleza universal, que van mostrando un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas, que superan las fronteras nacionales. Desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas, sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “cheques an balances”, relucen principios y criterios del Estado de Derecho que nos permiten profundizar el tratamiento del derecho administrativo global de base principal¹⁰³.

En concreto, esos principios jurídicos basales del derecho administrativo global, permiten realizar la fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueva y actúe en el marco del Estado de Derecho. Su carácter inspirador del ordenamiento debe facilitar el reconocimiento en los principios, de las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que el derecho administrativo global no sea una maquinaria normativa al servicio del poder de turno sin más fundamentos que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación; por el contrario en este nuevo derecho, los principios juegan un papel central para su existencia y delimitación: son principios como los de objetividad, racionalidad, igualdad de trato que suponen que esta nueva vertiente, cumpla la función que tiene encomendada que es la ordenación racional de los asuntos públicos de dimensión global de acuerdo con la justicia¹⁰⁴. Aquí

¹⁰³ CASSAGNE, Juan Carlos. Principles of global administrative law, in Robalino J, Rodríguez-Arana J., op. cit, p. 3-11.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ-ARANA J., ob. cit. en nota 58, p. 891.

conviene insistir en que el Estado de Derecho es un Estado de Justicia, en que el poder ha de actuar conforme a patrones y cánones formales y sustanciales, ya que si se limita el marco sólo a lo formal y procedimental, es obvio que el poder puede terminar siendo autoritario sin ausencia de medida. Por eso, la existencia de controles sustanciales, viene determinada por los principios, que son como la atmósfera que permite desarrollar la vida jurídica, siendo el oxígeno que respiran las normas.

Uno de los elementos centrales del derecho administrativo global es la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos, lo que ha sido consagrado en la Declaración del Milenio de Naciones Unidas¹⁰⁵, así como en los más destacados documentos de reforma de casi todos los países, por lo que se puede afirmar que hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es un derecho de los ciudadanos, lo que por supuesto es de directa aplicación a la contratación pública, en cuyo ámbito, el interés público o general que se persiga satisfacer ha de ser realizado de la mejor manera posible, técnica y económicamente, porque todos los ciudadanos tienen derecho que los fondos públicos que financiarán dichas actividades que son de su propiedad, y por lo tanto, tienen derecho a recibir obras de interés general que permitan mejores condiciones de vida para todos, siendo esta dimensión de la actividad pública, la que está en el centro de la discusión sobre el alcance y el sentido del quehacer de la administración pública en el estado social y democrático de derecho, pudiendo decirse que el repertorio de principios del derecho administrativo global parte de este origen, porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo y otras, que debe caracterizar a la acción de la administración global, se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, y por consiguiente, merecedor de una buena administración y un buen gobierno de los asuntos públicos Para tratar de concretar lo que considero conveniente para esta obra, que es aplicar una especie de selección de lo que estimo actualmente aspectos necesarios de desarrollar a los fines de esta sección de la tesis, que son la prevención y lucha

¹⁰⁵ www.un.org/es/development/devagenda/millennium.html.

contra la corrupción y el fraude –por una parte- y la determinación de sistemas específicos de control en la actividad contractual pública –por la otra-, realizaré una exposición del plexo de convenios, acuerdos y normas vigentes sobre tales cuestiones, que me permitan posteriormente realizar unas conclusiones en las que aportaré mi pensamiento respecto de lo que creo conveniente transitar al respecto.

Es importante recordar que en este ámbito de la contratación pública, los principios generales en su aplicación fáctica exigen que en el sector exista un ambiente de seguridad y certeza jurídica en materia de aplicación e interpretación que ayude a que los fondos públicos que se destinan a obras y servicios públicos o de interés general cumplan efectivamente la finalidad perseguida, constituyendo el fundamento de todo el Derecho Administrativo de los Contratos públicos¹⁰⁶.

Dentro de tales principios, marca una trascendencia especial el de buena administración, que en sí mismo es un compendio de los principios inspiradores de racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, entre otros, no sólo para permitir que el derecho administrativo pueda llegar a ser lo que debe ser, que es el derecho del poder para la libertad, al decir de Rodríguez-Arana¹⁰⁷, sino además, para prevenir y erradicar la corrupción y permitir el diseño, creación o modificación de sistemas de contralor determinados y especiales de la contratación pública.

Como trato esta temática dentro del derecho administrativo global, no cabe duda que lo correcto es enfocar el tema de la corrupción en ese ámbito y tomando a ese mal de la corrupción también como un fenómeno global, a pesar de que las características, circunstancias, y modalidades puedan ser distintas en cada país, pero en todos los casos son parecidos o similares, los tejidos clientelares que son funcionales a esa lacra, así como los sistemas que se originan en distintos países y que se extienden a otros, actuando en varios países simultánea y organizadamente,

¹⁰⁶ PINTOS, Santiago J., Derecho Global Administrativo y de la Contratación Pública, Tesis doctoral, Universidad de Castilla La Mancha, 2016, pp. 225 y ss.

¹⁰⁷ Ob. cit. nota 80, p. 216.

y constituyendo en uno de los principales flagelos de toda la comunidad internacional¹⁰⁸.

IV.2.1.- Prevención y lucha contra la corrupción y el fraude. Convenios y normas de vigencia internacional en vigencia.

a) **El FCPA (Foreing Corrupt Practiques Act) de Estados Unidos de 1977**, puede ser citado como la primer normativa internacional anticorrupción, siendo citada como una de las fuentes de la convención de la OCDE.

b) **“Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude” (UCLAF)**. No es hasta finales de la década de los 90, cuando la corrupción comenzó a ser un tema de interés y preocupación a escala internacional. Anteriormente se iniciaron procesos de acuerdos de acción conjunta referidos a abordajes específicos, como el soborno o limitados a zonas geográficas concretas sin abarcar todas las regiones del mundo, ignorando a la mayor parte de los países de Asia y del Medio Oriente.

En 1988, en la UE se crea la **"Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude" (UCLAF)**, integrada en la Secretaría General de la Comisión Europea. La UCLAF colabora con los departamentos antifraude nacionales y ofrece la coordinación y la asistencia necesarias para luchar contra el fraude transnacional organizado. En los inicios de los años 90 las competencias de la UCLAF aumentan gradualmente de acuerdo con las recomendaciones del Parlamento Europeo.

c) **El Informe Nolan-** En 1994, el **Informe Nolan**, llamado así porque Presidió la Comisión el Lord Juez Nolan, realizado por expertos británicos al Primer Ministro tuvo una gran incidencia en las políticas anticorrupción sobre todo internacionales, constituyéndose en un precedente insustituible para todo gobierno u organización que se dedique a la aplicación de normas éticas. Se elaboraron en el mismo reglas de conductas públicas que tenían como finalidad acabar con un clima generalizado de degeneración ética en el cual los escándalos de tipo económico, político y sexual aparecen mezclados. En ese informe se daban recomendaciones a gestores y legisladores estimulando la creación de códigos de conducta, programas

¹⁰⁸ LIZCANO ALVAREZ, Julio. El horizonte internacional de la corrupción, Temas para el debate, n°183, 2010, pp. 42-44.

educativos y auditorías independientes, y se daba énfasis en la aplicación del principio de transparencia, la responsabilidad de los funcionarios públicos y contralor de los conflictos de intereses. El documento se publicó en mayo de 1995 y es una referencia no sólo para la vida pública inglesa sino para cualquier gobierno interesado por la ética de sus políticos y funcionarios. Incluye un Código Ético basado en siete principios básicos: Desinterés, Integridad, Objetividad, Responsabilidad, Transparencia, Humildad y Liderazgo. Estos principios sugeridos para el comportamiento ético en el ámbito de la función pública, abarcan tanto a los funcionarios públicos como a los políticos y pueden resumirse así: Capacidad de asumir el interés público (Selflessness): El personal de la Administración Pública deberá adoptar sus decisiones únicamente en aras del interés público. Nunca actuará a fin de obtener beneficios económicos o cualesquiera otros beneficios materiales para sí, su familia o sus amigos. Integridad: El personal de la Administración Pública no debería ponerse en situación de contraer obligaciones financieras ni ninguna otra con individuos u organizaciones que puedan influir en el desarrollo de sus actuaciones públicas. Objetividad: En el desempeño de actividades públicas, incluyendo los nombramientos de cargos públicos, la firma de contratos, o la recomendación de individuos para premios y beneficios, el personal de la Administración Pública basará todas sus elecciones en el principio de mérito. Responsabilidad: El personal de la Administración Pública es responsable de las decisiones y actos que afecten a la sociedad y debe someterse a cualquier tipo de control que se considere necesario. Transparencia: El personal de la Administración Pública deberá ser tan transparente como sea posible respecto a las decisiones y actos que adopte. Deberá motivar sus actos y sólo restringirá la información cuando claramente lo exija el interés público. Honestidad: El personal de la Administración Pública tiene el deber de declarar cualquier interés privado que pueda guardar relación con sus actividades públicas y adoptar cuantas medidas sean necesarias para resolver cualquier conflicto que pudiera surgir de modo que quede salvaguardado el interés público. Capacidad de decisión (Leadership): El personal

de la Administración Pública deberá promover y respetar estos principios como modelo en la toma de decisiones¹⁰⁹.

d) Convención Interamericana contra la Corrupción. El 29 de marzo de 1996, en la tercer sesión plenaria de la OEA, se aprobó la **Convención Interamericana contra la Corrupción**, que fue aprobada por Argentina el 4/12/96 por Ley 24.759, siendo el primer instrumento jurídico internacional contra la corrupción, por el cual se promovía y fortalecía el desarrollo por parte de los estados signatarios, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción de los funcionarios públicos y de los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, y regular la cooperación de los estados parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones que coadyuvaran al cumplimiento de dicha finalidad. Con posterioridad, el 4 de junio de 2001, en la Asamblea General de la OEA realizada en San José de Costa Rica, se creó el Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana de la Corrupción (MESICIC), que comenzó a operar a partir de enero de 2002. La convención tenía en su artículo VI la descripción de los hechos que constituían corrupción, así como su artículo III.1 preveía medidas preventivas anticorrupción.

El art. VI dice: Actos de corrupción: 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o

¹⁰⁹ Informe NOLAN (Normas de conducta de la vida pública) GAPP n.º 5-6. Enero-agosto 1996 (pág. 210), Juan Carlos Murrieta Rodríguez, Los siete principios de la vida pública. <http://www.icadep-enc.org.mx/?p=6315>.

ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para si mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

El artículo 3 establece: Artículo III Medidas preventivas: A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudaran a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública. 2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta. 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda. 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado,

que impidan la corrupción. 7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes. 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno. 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas. 10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción. 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción. 12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

Las medidas preventivas prealudidas, son las reclamadas por Gimeno Feliú como prioritarias en la lucha contra la corrupción, ya que fueron dejadas de lado por las sancionatorias represivas¹¹⁰.

Siendo la primer convención internacional aprobada, la que estoy tratando, se puede calificar como una de las normas internacionales más completas y avanzadas en materia anticorrupción, ya que las medidas que contiene, después de transcurridos más de 22 años, resultan las más convenientes y aptas desde la perspectiva de prevenir la corrupción, y tiene la fuerza de haber sido firmada por 34 de los 35 países que integran la OEA (sólo Cuba no la ratificó).

¹¹⁰ GIMENO FELIÚ, José María, Novedades del anteproyecto de ley de contratos del sector público. La transposición de las directivas de contratación pública en España, en Congreso Internacional de Contratación Pública, Cuenca, 21 y 22 de enero de 2016, p. 12.

e) **Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (también conocido como “Convenio Anticohecho”)**, aprobado en París el 17 de diciembre de 1997, la que se retrasó en su aplicación hasta el 15 de febrero de 1999, que consta de 17 artículos y un Anexo, que fue suscripto por los 34 países que componen la OCDE, más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica. Argentina aprobó la convención mediante Ley 25.319 del 7 de setiembre de 2000. Estuvo basado en los Principios Rectores Aplicables a las Empresas Multinacionales de 1976, así como en la investigación y prevención de la corrupción realizada por la propia OCDE en los años anteriores, mediante instrumentos de “soft law”, así como en el FCAP de Estados Unidos de América, convirtiéndose por lo tanto en el primer documento internacional vinculante con vigencia cierta contra la corrupción¹¹¹.

Este convenio si bien se limita a los actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos en transacciones comerciales, al momento de su aprobación constituía el documento anticorrupción internacional de mayor proyección, porque los países que lo suscribieron constituían los principales exportadores de bienes y servicios del mundo, y probablemente, los que sufrían con mayor sensación de perjuicio, los embates de la corrupción¹¹². La Convención establece como conducta sancionable como cohecho “el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario u otro favor, ya sea directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para un tercero, con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales” (art. 1, ap. 1). Incorpora la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero (art. 2). También instituye procedimientos específicos de supervisión del cumplimiento del pacto, través de sistemas de evaluación continua (en su artículo 12). Este Convenio representó un significativo progreso en cuanto al

¹¹¹ CAPARROS, Eduardo A. Fabián. La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, Editorial Ratio Legis, España, 2004, p. 227.

¹¹² RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La necesaria globalización, en obra citada nota 111, p.255.

combate contra la corrupción, ya que impuso a los firmantes a la ampliación de sus finalidades y objetivos, alcanzando no sólo a los sobornos de sus funcionarios y organismos públicos, sino además a los consumados por sus ciudadanos en el extranjero, con anticipación de tres años a que lo realizara la ONU en su Convención de Palermo. Constituye además un evidente reconocimiento a la naturaleza global de la corrupción, ya que se admite que la misma trasciende las fronteras de las naciones y de sus soberanías.

f) OLAF En 1999, en la Comisión Europea, se decide la creación **OLAF**. Tras los acontecimientos que culminan con la dimisión de la Comisión Santer, se propone el diseño de un nuevo organismo antifraude (OLAF) con mayores poderes de investigación. Las propuestas dan lugar a la creación de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) con competencias de investigación independiente (Decisión 1999/352). Se aprueban también las normas generales para las investigaciones de la OLAF (Reglamento 1073/1999). Y se suscribe un Acuerdo sobre las investigaciones internas en las instituciones de la UE.

La OLAF es la entidad que protege los intereses financieros de la UE, siendo su principal finalidad la lucha contra el fraude, la corrupción y toda otra actividad que afecte el presupuesto de la UE, incluyendo las irregularidades de las propias instituciones europeas, que sean contrarias a un manejo responsable, transparente y eficiente. Tiene independencia para realizar investigaciones internas y externas, organiza las cooperaciones entre las autoridades competentes de los estados parte, coordinando sus actividades en materia antifraude, aportando la asistencia y los conocimientos técnicos necesarios para apoyarlos en sus actividades antifraude, contribuyendo a la política integral antifraude de toda Europa, tomando las iniciativas necesarias para reforzar la legislación en la materia. Depende de la Comisión Europea.

g) El Grupo Multidisciplinar sobre la corrupción. El Consejo de Europa instituyó en 1994, en Malta, el Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción, y como consecuencia de la labor del mismo, en 1999 se aprobaron dos convenciones: el 27 de enero, la **Convención penal** y el 4 de noviembre **la civil** contra la corrupción así

como la creación del grupo de trabajo **GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción)**.

Estos dos instrumentos, significan la aceptación de que la corrupción estaba perjudicando seriamente las políticas internacionales y regionales tendientes al desarrollo económico, democrático y sostenible. Con la intervención de la UE, después de las actividades que reseñáramos de la OEA y de la OCDE, se puede decir que la comunidad internacional se comprometió con el principio de transparencia del estado de derecho y con la lucha contra la corrupción.

Resalto dentro de la Convención Penal contra la corrupción, la definición del delito de corrupción en forma amplia, no limitándolo como lo hizo la OCDE a los sobornos a los funcionarios públicos y los órganos que integraban, sino que configuró el delito de cohecho, activo y pasivo, incluyendo a trabajadores del sector privado, miembros de organizaciones internacionales, de legisladores, jueces. Tipifica no sólo el soborno sino también el tráfico de influencias, el blanqueo de dinero derivado de todos los actos de corrupción, las falsedades contables destinadas a ocultar la corrupción y la complicidad y encubrimiento de actos corruptos.

Establece también la jurisdicción territorial, siendo competente para decidir sobre el acto corrupto el país en el que se cometió la ilicitud, si el corruptor es nacional, trabajador público o miembro de una asamblea del estado, o el acto corrupto afecta a sus nacionales. Estos dos últimos criterios de extensión, son opcionales para los estados, quienes pueden no admitirlos.

Se incluye en su art. 18 la responsabilidad penal para las personas jurídicas por casos de corrupción, así como se nutre de procedimientos y medidas de cooperación internacional entre los países (información, comunicación, tics, etc.), previendo un sistema de monitoreo y control de la implementación del cumplimiento del convenio, creando el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), reconocido por su importante actividad a través de informes, códigos de conducta y recomendaciones a lo largo de sus más de diez años de existencia.

La Convención Civil contra la corrupción define la misma como el requerimiento, ofrecimiento, dación o aceptación, directa o indirectamente, de un soborno o cualquier otra ventaja ilegítima o posibilidad de ella, que distorsione la correcta ejecución de una obligación o comportamiento requerido por el aceptante del soborno, ventaja ilegítima o posibilidad de ella. Dispone la obligatoriedad de los estados parte de reconocer acciones legales de reparación a víctimas perjudicadas por la corrupción con un período para reclamar que no puede ser menor de tres años desde que se recibe el daño; la invalidez de los contratos que contengan cláusulas corruptas; la protección del denunciante y el establecimiento de procedimiento de auditorías. Plantea un monitoreo y control de cumplimiento de todos los compromisos por los estados parte a través del GRECO.

Este Grupo que se autorizó por Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1998, constituye un órgano de evaluación permanente que resulta esencial para la implementación de las dos convenciones mencionadas anteriormente, habiendo sido extendidas sus intervenciones no sólo al mero control legal, sino también a un monitoreo continuado cuya finalidad es identificar las deficiencias que existan en la política anticorrupción, mediante inspecciones y visitas que realiza mediante equipos de investigación externos que analizan la práctica nacional de la lucha contra la corrupción, tratándose de un instituto dependiente del Consejo de Europa, pero su membresía no se limita a los integrantes de ese Consejo, ya que cualquier estado suscriptor del Convenio Civil contra la Corrupción, que son actualmente 48 europeos y EEUU, se encuentra sometido a los controles del GRECO. Está integrado constitutivamente por representantes de todos los países miembros, actuando como observador en otras organizaciones internacionales como la OCDE o UNODC: monitorea las políticas de integridad de los estados miembros en ciclos temáticos de dos o tres años, realizando las estimaciones y análisis de los mismos a través de una evaluación de cuestionarios y reuniones sobre la percepción con actores clave en la política anticorrupción nacional, así como valiéndose de evaluaciones del cumplimiento de las medidas propuestas o recomendadas en anteriores estudios e informes. Se puede decir que GRECO se presenta con un sofisticado sistema de evaluación de

importante alcance, siendo uno de los órganos supervisores más eminentes del orden internacional, en cuanto a la lucha contra la corrupción, a pesar de que no han sido del todo satisfactorias las respuestas de la mayoría de los países europeos respecto de las recomendaciones elaboradas por el GRECO y otros órganos dependientes del Consejo de Europa, por lo que la doctrina reflexiona que debe exigirse un mayor esfuerzo y dedicación por parte de los países miembros, en la aplicación efectiva y práctica de las medidas¹¹³.

No se debe olvidar que están vigentes también los veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción, aprobados a través de la Resolución 97 (24) del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 6/11/97, que tienen suma actualidad, como las de tomar medidas para la prevención de la corrupción y la concienciación pública con el comportamiento ético; asegurar la independencia e imparcialidad de aquellos que deben perseguir y enjuiciar la corrupción; limitar las inmunidades en los casos de corrupción; promover la especialización y la profesionalización y dotar de medios suficientes para que la lucha anticorrupción sea efectiva; el principio de transparencia y de acceso a la información, como objetivos a seguir transversalmente en todo lo que sea susceptible de corrupción; la elaboración de códigos de conducta para los trabajadores públicos; fortalecer las auditorías; tomar medidas anticorrupción en relación a la financiación de los partidos políticos; adoptar las medidas necesarias de transparencia en los procedimientos de contratación pública. Si bien se tratan de meras guías o directivas, siendo una norma vigente, los estados ártos deben cumplimentarlas en sus respectivas jurisdicciones, especialmente en cuanto a las nuevas normas y políticas, así como para la interpretación e implementación de las mismas.

h) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Internacional Organizada. Fue aprobada el 15 de noviembre de 2000, significando un instrumento significativo de los países que la suscribieron en contra de la criminalidad organizada. Es un texto que obliga a los países firmantes que no involucra sólo y

¹¹³ NICOLETTI, Michelle. Corruption as governance regime: a barrier to institutional efficiency and progress. Informe Committee on Political Affairs and Democracy: Consejo de Europa, 14/06/17, p. 16.

exclusivamente a la corrupción, lo cierto es que regula la tipificación y sanción de algunos casos de corrupción, que los determina en sus art. 8 y 9.

El art. 8.1 configura como acto corrupto el soborno de funcionarios a nivel trasnacional tanto por parte de la parte privada sobornante, como por la pública sobornada, coincidiendo que lo establecido por la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. La importancia que tiene este marco convencional es que lo firmaron la gran mayoría de los países democráticos del planeta.

En el art. 9 incluye compromisos en materia de integridad al obligar a los países que lo firmaron, a tomar, además de las medidas previstas en el art. 8 de la convención, en la medida de lo posible y sea compatible con su ordenamiento jurídico, las medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de los funcionarios públicos; también por el segundo apartado de este art. 9, los países signatarios se comprometen a adoptar las medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades, con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación. Se incorpora así el dato de la independencia de las instituciones encargadas de controlar la integridad del sistema, que es nota central de la lucha contra la corrupción, que desde 2003, la impone a muchos países.

La convención previó la posibilidad de atribuir responsabilidades penales a las personas jurídicas por actos de corrupción (art. 10), constituyéndose en un documento muy importante en cuanto a la lucha anticorrupción, especialmente cuando el delito se origina en una red organizada.

i) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC).

Luce como el principal documento normativo de las naciones para la lucha contra la corrupción, sirviendo asimismo de guía de referencia y seguimiento en toda la legislación nacional y regional sobre la materia. Hasta la actualidad, la Convención fue suscripta por 140 países, y ratificada por 178, lo que implica que casi un tercio de todas las naciones que conforman el mundo, adhirió a la misma.

Argentina aprobó la Convención mediante la Ley 25.632 del 2 de agosto de 2002.

Este importantísimo instrumento tuvo origen en el Décimo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de abril de 2000; la creación de un comité especial encargado de negociar un documento jurídico internacional que fuera eficaz contra la corrupción (Resolución 55/61) del 4/12/2000. Finalmente en octubre de 2003 se aprobó el proyecto por Asamblea General de la ONU, y en la Conferencia de Mérida del 9 al 11 de diciembre de 2003, se suscribió la Convención por 95 países, entrando en vigor el 14 de diciembre de 2005. Nació así el primer instrumento global y vinculante, para prevenir y luchar contra la corrupción, fundado y con basamento en un sólido consenso internacional, así como una compatibilización e integración de los sistemas legales de un importante número de países.

La estructura de la Convención nace con un Preámbulo, siguiendo con ocho capítulos, sobre Disposiciones Generales (arts. 1-4), Medidas Preventivas (arts. 5-14), Penalización y aplicación de la ley (arts. 15-42), Cooperación Internacional (arts. 43-50), Recuperación de activos (arts. 51-59), Asistencia técnica e intercambio de información (arts. 60-62), Mecanismos de aplicación (arts. 63-64) y Disposiciones finales (arts. 65-71).

En su artículo 1 la Convención establece sus objetivos, enumerando:
A) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficazmente la

corrupción. B) Promover, facilitar, y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos. C) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y de los bienes públicos. Dichos objetivos tienen vinculación con los principios de eficacia (art. 7), de integridad y transparencia (art. 7) y el de la rendición de cuentas (art. 10).

Más allá de las dificultades de la Convención, de tratarse de una regulación de naturaleza internacional, que naturalmente tenía como contrapartida la soberanía de los estados partes, así como las indisimulables diferencias de dichos estados miembros, legales, políticas y socioculturales, rápidamente se convirtió en un instrumento integrador, dinámico, eficaz y efectivo, que comprende todas las facetas de la corrupción y que determina un lenguaje y unas guías comunes para la homogeneización de la legislación internacional sobre la materia, equilibrando las medidas de prevención con las retributivas del delito, mediante la tipificación de las figuras ilícitas. Es una Convención con un texto que tiende a igualar y guiar la lucha contra la corrupción a nivel mundial, proporcionando los medios y las bases especialmente a los países en los que sus leyes respectivas se encontraban en una faz inicial, instalando un clima internacional de cooperación contra la corrupción. La CNUCC considera además que la lucha contra la corrupción es una política principal de todos los estados, que debe ser desarrollada por los gobiernos, diciendo su artículo 5 que los estados formularán, aplicarán y mantendrán en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción.

Sobre las medidas preventivas que entiendo conveniente exponer, el art. 5 prevé que cada estado parte de conformidad a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor político, políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción, que promuevan la participación de la sociedad y reflejen el principio del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos y bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas; preceptúa que cada estado parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción; así como evaluar periódicamente

los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para el combate de la corrupción. El art. 6 establece que cada estado parte, garantizará la existencia de un órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción, otorgándole la independencia necesaria para que puedan desempeñar sus funciones eficazmente y sin influencias indebidas, debiéndose otorgarles los recursos materiales y personal especializado necesarios, incluyendo la capacitación de estos últimos.

Su art. 7 dispone, para el Sector Público, que cada estado firmante tendrá libertad para adoptar las medidas anticorrupción preventivas que estime oportunas, relacionadas con la contratación, retención, promoción y jubilación de empleados y funcionarios públicos no elegidos, basadas en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; incluyendo procedimientos de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se estimen como vulnerables a la corrupción, así como la rotación en otros cargos cuando proceda; se propende a una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas; propicia la promoción de programas de formación y capacitación de los cargos públicos que les permitan ejercitar los mismos y desempeñarlos correctamente, pudiendo tales programas referir a códigos o normas de conductas; considerar la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas para aumentar la transparencia respecto a la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos, y cuando proceda, de la financiación de los partidos políticos; promover sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflicto de intereses y mantener y fortalecer dichos sistemas.

Dispone el protocolo consecuente, el dictado de códigos de conducta de los funcionarios y cargos públicos (art. 8), sumando medidas como la publicidad de su patrimonio y la adopción de medidas disciplinarias, así como el deber de tomar medidas que preserven la integridad de las áreas críticas como el sistema judicial y el ministerio público (art. 11), la prevención del blanqueo de dinero (art. 14), las medidas de prevención en el sector privado (art. 12), el control y participación que

debe tener la sociedad civil en la lucha contra la corrupción (art. 13) y la necesaria transparencia para que aquella se efectiva (art. 10).

Resalta lo relacionado con la contratación pública, en cuanto en su art. 9 la Convención prevé que si bien las legislaciones nacionales en esa materia se basarán en los principios fundamentales de cada estado parte, siempre las regulaciones deben respetar los principios de transparencia, competencia y eficacia (art. 9.1), determinando varias premisas que deben cumplir las normativas de contratación pública con la finalidad de lograr un proceso de contratación íntegro: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluíd información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas. b) La formulación precisa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación. c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos. d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluído un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas a personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Estimo que la fórmula con la cual la Convención buscó sintetizar los elementos esenciales que debe contener una legislación de contratación pública en búsqueda de presentarse como un instrumento eficaz de procesos íntegros, estableciendo lineamientos preventivos anticorrupción, resulta elogiabile, en todo su desarrollo y contenido.

El art. 9 también es importante, porque establece los ejes centrales sobre el cual se debe diseñar y edificar un sistema de responsabilidad de buena gobernanza que incluya la rendición de cuentas, persiguiendo la finalidad de que las administraciones sean controladas y juzgadas para posibilitar las sanciones necesarias contra la corrupción. Detalla los siguientes elementos para procurar dicho objetivo: a) Procedimientos par la aprobación del presupuesto nacional. b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos. c) Un sistema de normas de contabilidad auditoría, así como la supervisión correspondiente. d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de negocios de riesgos y control interno. e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en supuesto de incumplimiento de las exigencias establecidas en este párrafo.

La estructura de la Convención tiene estas columnas:

1. Prevención; 2. Penalización; 3. Cooperación internacional; 4. Recuperación de activos.

Sus herramientas de aplicación son la Conferencia de Estados parte de la UNCAC, así como los servicios de la Secretaría General de la ONU. La Conferencia de Estados Parte en noviembre de 2009 adoptó el mandato del Mecanismo de revisión de su aplicación.

La Convención fomenta la participación de la sociedad civil en este mecanismo y para ello es clave el rol de la Coalición UNCAC, red global integrada por más de 350 organizaciones de la sociedad civil en más de 100 países, que han asumido el compromiso de impulsar la ratificación, la implementación y el monitoreo de la Convención de la ONU contra la Corrupción (CNUCC). Moviliza acciones de la sociedad civil vinculadas con la CNUCC en el ámbito internacional, regional y nacional así como la transparencia en las conclusiones las evaluaciones del mecanismo de revisión.

En el capítulo que trata de la prevención a la corrupción, la Convención prevé que los Estados Partes implementen políticas efectivas contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad civil y demuestren los principios del

Estado de Derecho, tales como la integridad, la transparencia y la responsabilidad, entre otros. En esta materia, el compromiso de los estados parte comprenden acciones para adoptar sistemas de selección y reclutamiento con criterios objetivos de mérito; tomar medidas para aumentar la transparencia en el financiamiento partidos políticos; desarrollar códigos de conducta que incluyan medidas de estímulo a denuncias de corrupción por parte de los servidores y de sanción al recibimiento de regalos o de cualquier acción que puede causar un conflicto de intereses; los procesos licitatorios deben propiciar la amplia participación y disponer de criterios preestablecidos, conjuntos e impersonales; Rendición de cuentas públicas a los ciudadanos; Estimular la participación de la sociedad civil en ese proceso. Finalmente, subraya que la independencia del poder judicial y de la fiscalía es fundamental para combatir la corrupción.

En el sector privado, propende entre otras a: desarrollar estándares de auditoría de contabilidad para las empresas; proveer sanciones civiles, administrativas y penales efectivas y que tengan un carácter inhibitorio para futuras acciones; promover la cooperación entre los aplicadores de la ley y las empresas privadas; prevenir el conflicto de intereses, prohibir la existencia contabilidades paralelas en las empresas; y desestimular la exención o reducción de impuestos a gastos considerados como soborno o otras conductas similares.

Respecto del capítulo sobre penalización y aplicación de la ley, la Convención exhorta a los Estados Parte que introduzcan, en sus ordenamientos jurídicos, tipificaciones penales que incluyan no solamente las formas básicas de corrupción, como el soborno o desvío de recursos públicos, sino también actos que contribuyan a la corrupción, tales como la obstrucción de la justicia, el tráfico de influencias y el lavado de recursos provenientes de la corrupción.

En lo atinente al capítulo de la cooperación internacional, enfatiza la importancia de la misma para el éxito de los esfuerzos en la lucha contra anticorrupción, tal como la asistencia legal mutua en el curso de las investigaciones; en la recolección y transferencia de pruebas, en los procesos de extradición, rastreo, embargo de bienes, aprensión y confisco de productos de la corrupción.

La Convención innova en relación a tratados anteriores al permitir la asistencia legal mutua aún en ausencia de doble incriminación, cuando no haya medidas coercitivas. El principio de la doble incriminación prevé que un país no puede extraditar a personas que cometan actos que no son considerados delito en su territorio. Sin embargo, a partir de la Convención, esos requisitos se tornan más maleables, una vez que la Convención prevé que un mismo delito no es definido con los mismos términos o categorías pueden ser considerados como equivalentes, posibilitando la extradición.

En materia de recuperación de activos tiene una importante innovación, estableciendo un principio fundamental de la Convención. Los Estados Partes deben propiciar la aplicación de extensas medidas de cooperación y asistencia en este campo, para que se hagan valer los intereses de las víctimas y dueños legítimos de estos recursos.

Se puede por lo tanto concluir en que esta Convención se presenta como un instrumento con alto desarrollo en las propuestas que concreta, así como un completo compendio de todas las acciones que los estados partes deben adoptar para perseguir a través de medidas preventivas, retributivas y sancionatorias, el flagelo de la corrupción a nivel internacional, marcando un hito trascendente en la historia universal de la lucha contra la corrupción.

Se la ha criticado a la Convención en cuanto a la utilización de un lenguaje impreciso que motivó interpretaciones ambiguas, lo que además desmereció y limitó su aplicación práctica sobre todo en materia sancionatoria y penal. Pero tratándose de una norma internacional tendiente a ser aprobada por muchos países de diversas legislaciones, resulta explicable que el Comité que elaboró el proyecto, haya escogido esa posibilidad, para que pudiera ser aprobado por el mayor número de estados, fijando los lineamientos generales y las exigencias básicas y esenciales, para que fuera posible de cumplir por todos los estados, y que en todo caso, pudiera ser interpretado ampliamente, integrando la Convención con las respectivas Constituciones nacionales y los principios fundamentales de cada estado que se adhiriera.

También se cuestionó que la Convención, respecto de algunas conductas aún definidas por la misma como delito de corrupción, no fueron establecidas como de obligatoria asimilación por parte de los estados miembros, habiéndose optado por la distinción entre aquellas que cada estado parte adoptará, otras en que deberá adoptar, algunas en que considerará la posibilidad de adoptar y las que puede adoptar. De acuerdo a la crítica, esa falta de obligatoriedad de los estados miembros de adoptar inexcusablemente la tipificación de los delitos de corrupción determinados en la Convención, afectó a conductas como el soborno pasivo de un funcionario público extranjero, el tráfico de influencias, el abuso de funciones públicas, el enriquecimiento ilícito, el soborno y la malversación en el sector privado, o la corrupción en la financiación de los partidos políticos. Se objetó que tampoco es aceptable todo lo relativo a su puesta en práctica, debido a la ausencia de mecanismos sancionadores para los estados partes que no cumplan con lo que ella exigen así como la deficiencia en los sistemas de monitorización y seguimiento del cumplimiento de la norma¹¹⁴.

Sin embargo, aún concediendo que la postura crítica se presenta como una propuesta más nítida y consecuente con la más rápida aplicación por parte de los países que aprobaron y suscribieron la Convención, relacionada con todo el programa de políticas y medidas anticorrupción que contiene la misma y a la cual aludí más arriba, entiendo que el ánimo de los integrantes de la Comisión que la proyectaron tuvieron una perspectiva más optimista, flexible y dinámica, relacionada con la forma en que los estados miembros podían ir aplicando las distintas proposiciones, lo que a su vez, se corresponde con la finalidad que perseguían prioritariamente de que sea el mayor número de países los que aprobaran la misma, como un primer paso fundante, y después en el futuro, se podrían realizar las mejoras y los desarrollos que hicieran más eficaces y efectivas a las normas referidas.

Lo que ha ocurrido con posterioridad a la aprobación de esta importantísima Convención, es demostrativo que no han sido pocos los esfuerzos destinados a su

¹¹⁴ ARGANDOÑA, Antonio, La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales, octubre 2006, Universidad de Navarra, documento de investigación, pp. 9-10.

correcta implementación y aplicación; así como que tampoco la importancia y la repercusión que tuvo la Convención no se redujo a lo meramente escrito en la misma, sino que por el contrario, desde su aprobación se realizaron regularmente conferencias internacionales de los estados miembros, en las que se debatieron aspectos importantes de la misma, adoptándose nuevos compromisos relativos a la más sana y correcta aplicación de la misma. Se pueden citar al respecto las de Amman, Jordania (10-14/12/2006); Nusa Dua, Indonesia (28/01-01/02/2008); Doha, Dubai (9-13/11/2009); Marrakech, Marruecos, (24-28/10/2011); Panamá (25-29/11/2013); y San Petesburgo, Rusia (2-6/11/2015).

No cabe duda alguna que esta Convención significó muchos beneficios para los países que la suscribieron en cuanto a los resultados contra la lucha contra la corrupción, principalmente porque importó una plataforma de marcha para todas las legislaciones nacionales y regionales que le siguieron, permitiendo una efectiva labor garantista y de guía para aquellos países menos desarrollados que carecían de una legislación de ese tipo. La lucha y penalización contra la corrupción pública y privada, activa y pasiva; la integración y complementación de las medidas preventiva con las represivas; la recuperación de activos implementada; son ejemplos de un notorio mejoramiento y desarrollo en la lucha contra la corrupción, que inundó a los países, regiones y todo el amplio marco internacional.

j) La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea y el sistema normativo actualmente vigente en la UE.

Estas reglas están enmarcadas en la Estrategia Europa 2020 tendiente a un crecimiento integrador y sostenible, que contiene una propuesta legislativa innovadora en cuanto a la modernización de la contratación pública, y que finaliza en la aprobación de las Directivas 2014/23/UE de concesiones, 2014/24/UE sobre contratación pública y 2014/25/UE de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, habiéndose resaltado por la doctrina las medidas referentes a la lucha anticorrupción como uno de los avances más importantes. En ese sentido Gimeno Feliú dijo que la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin del ciclo de la regulación en la

materia¹¹⁵, constituyendo una nueva oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social como la corrupción¹¹⁶. La propia Directiva 2014/24/UE dice en su considerando 126 que la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude. Se constituye así la lucha contra la corrupción en la contratación pública en un aspecto central, obligatorio y que le corresponde a toda la comunidad, elevando el principio de la integridad al sitio elevado donde se encuentran los de igualdad de trato, concurrencia y no discriminación. Esta regulación de la UE se complementa con las 2015/849/UE del parlamento y consejo, de blanqueo de capitales, así como la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito, y también la Directiva 2017/1371 sobre la lucha al fraude que afecta a los intereses financieros de la UE a través del derecho penal.

Moreno Molina¹¹⁷ realiza un esquema del derecho normativo de la UE, constituido por: DERECHO ORIGINARIO: TUE Y TFUE, principios generales. DERECHO DERIVADO VIGENTE: Directiva 2014/23, concesiones Directiva; 2014/24, clásica Directiva 2014/25, sectores Directiva 89/665; recursos Directiva 92/13; recursos sectores Directiva 2009/81; defensa y seguridad Directiva 2014/55; contratación electrónica Reglamento 2195/2002; CPV JURISPRUDENCIA TJUE UNIFICACIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS Y PROCEDIMENTALES EN LOS 28 ESTADOS MIEMBROS. Formularios normalizados: SIMAP <http://simap.europa.eu>. Base de datos de contratos Ted: <http://ted.europa.eu>. Contratos por debajo umbrales europeos: Comunicación interpretativa Comisión 2006/C 179/02. Grupo de expertos de interesados de la Comisión en materia de contratación pública creado en 2011 (sustituye al Comité consultivo para la apertura

¹¹⁵ GIMENO FELIÚ, J. M. Presente y futuro de la regulación de las modificaciones de contratos del sector público, en Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público, 02/05/2016.

¹¹⁶ GIMENO FELIÚ, J. M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Aranzardi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 95.

¹¹⁷ MORENO MOLINA, José Antonio. El Nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directivas 4.0, Ed. Chartridge Book Oxford, 2015, impreso en UK and USA, p. 11.

de la contratación pública). Debates abiertos sobre futuro contratación pública: Libros Verdes: 1996 y 2011. Comunicaciones interpretativas: Aspectos sociales y ambientales 2001, Concesiones 2000, CPPI 2008. Guías: Compras ecológicas 2005, PYMES 2008, Compra innovadora 2014 (Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation).

En cuanto al principio de transparencia, que implica el corolario del de igualdad, garantiza que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, respetándose además las garantías de publicidad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por todas las administraciones públicas. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

Las directivas relativas a la contratación pública y a los contratos en los conocidos como sectores especiales tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles. Las nuevas normas propuestas plantean la necesidad de simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico. Unos procedimientos más racionales, claros y eficientes

incrementarían la flexibilidad para los poderes adjudicadores, beneficiarían a todos los operadores económicos y facilitarían la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. La mejora de las normas sobre contratación pública permitiría asimismo que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación¹¹⁸.

La Directiva 2014/24/UE plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública, un objetivo fundamental en la actualidad del Derecho y prácticas administrativas nacionales, para cuya mejor garantía se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre competencia. Se regulan así los denominados conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia. La importancia económica, política y social de la contratación pública, los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La nueva norma prevé en primer lugar medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores.

Se determinan medidas contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia. La Directiva establece los impedimentos a la adjudicación, cuya

¹¹⁸ MORENO MOLINA, ob.cit. nota 117, p. 43.

conurrencia obliga a los poderes adjudicadores a no adjudicar el contrato al licitador que presente la mejor oferta. Entre las condiciones previstas en este sentido por la norma europea se encuentran que el licitador no sea capaz de aportar los certificados y documentos exigidos por la propia Directiva. En la regulación de las ofertas anormalmente bajas, el artículo 69 de la Directiva prevé también garantías para hacer más transparentes los procedimientos de contratación e impedir prácticas fraudulentas. Se profundiza así en la exigencia por parte de los poderes adjudicadores respecto a los operadores económicos para que expliquen el precio o los costes facturados. El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen el bajo nivel de los precios o costes, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 3 del citado artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE.

Los adjudicadores deben rechazar la oferta cuando hayan comprobado que es anormalmente baja, porque no cumple las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o por las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental.

Mediante la incorporación de medidas de gobernanza en los contratos públicos, la Directiva obliga a los Estados miembros a instituir estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar y llevar a cabo los procedimientos de contratación. Para reforzar la lucha contra la corrupción y el favoritismo, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados al organismo de supervisión, que podrá así examinar estos contratos a fin de detectar pautas sospechosas, y de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos.

Rodríguez Arana señala que a través de la contratación pública se busca un crecimiento económico inteligente, sostenible e integrador en el que las pequeñas y medianas empresas tengan posibilidades de salir adelante. La referencia a la sostenibilidad, apela a la dimensión ética de la contratación, como factor para un

desarrollo equilibrado, para un desarrollo humano sustentable. La directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción ha orientado, de otra manera no sería sostenible, a la mejora de las condiciones de vida de los habitantes¹¹⁹.

La estrategia integral anticorrupción de la UE comenzada por la Comisión de la UE y luego desarrollada hasta la actualidad, puede resumirse como estableciendo principios de buena administración y sugiriendo que los controles sean proporcionales, rentables y eficaces logrando un equilibrio entre la simplificación de los trámites y la disminución del coste, con la eficacia.

El mecanismo de control constituido es el Informe Anticorrupción de la UE, cuya finalidad es supervisar y valorar los esfuerzos de los estados parte en la lucha contra la corrupción, impulsando un mayor control político.

El mencionado informe se basa en el apoyo de un grupo de expertos y una red de corresponsales de investigación, así como con el necesario presupuesto de la UE, siendo gestionado por la Comisión publicándose cada dos años, siendo el primer informe publicado en 2014 COM (2014) 308. Dicho informe da cuenta de los logros como las vulnerabilidades y compromisos de todos los Estados miembros, nación por nación. Determina tendencias y advierte las deficiencias que deben solucionarse, y estimula el intercambio de buenas prácticas y el aprendizaje colaborativo y cooperativo. Complementando todo esto, la UE se compromete a participar en el Grupo de Estados del Consejo de Europa contra la Corrupción (GRECO).

¹¹⁹ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, La directiva europea de la contratación pública y la lucha contra la corrupción, Revista de Direito Economico e Socioambiental, v. 9, n. 8, enero-abril 2017, pp. 44-45.

Capítulo 3: Aspectos esenciales del control en el marco del Derecho Administrativo Global

La OMC. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR. El procedimiento del Panel de Inspección del Banco Mundial

IV.2.2. Aspectos esenciales del control en el marco del derecho administrativo global:

Me parece conveniente, como ejemplos de los controles instaurados en el derecho administrativo global a los que alude la doctrina actualizada en la materia, efectuar un análisis de los que considero más convenientes para responder en esta cuestión del contralor en el derecho administrativo global, si pueden compararse las justicias nacionales o comunitarias con lo que se denomina componentes de la justicia global, y en todo caso, si es suficiente comparar lo tribunales intervinientes en las resoluciones de los casos sometidos a decisión, para comparar los sistemas judiciales.

Comenzaré con el sistema de la OMC, seguiré por el instituido por la ONU sobre el Derecho del Mar, también analizaré el sistema de resolución de conflictos del Mercosur, finalizando con el de la Inspección del Panel del Banco Mundial.

Señala B. Marchetti que de hecho, estas organizaciones resultan ser, igual que la comunidad europea, organizaciones globales o supranacionales con la finalidad de regulación de intereses, en su mayoría económicos, susceptibles por lo tanto de una comparación particularmente útil con la experiencia europea¹²⁰.

a) La OMC presenta una serie de normas, órganos y comités, así como un sistema de solución de diferencias, que sin dudas están contribuyendo al desarrollo de un espacio administrativo global en el ámbito del comercio.

El sistema de solución de diferencias de la OMC parte del derecho a que una solución de una administración nacional que afecte a derechos individuales pueda ser sometida a revisión por un órgano o tribunal independiente, que es uno de los principios generalmente aceptados en todo derecho administrativo. En la OMC un miembro que se ve afectado por una medida comercial adoptada por otro miembro puede solicitar la revisión de la medida por órganos independientes que son parte de un sistema de solución de conflictos en que se reflejan importantes principios del

¹²⁰ MARCHETTI, Bárbara. Justicia Comunitaria y Justicia Global: elementos para una comparación. Obra incluida en la obra citada en nota 81, pp. 198 y ss.

derecho administrativo. En el instrumento constitutivo de la OMC en 1995 sus miembros adoptaron el “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por lo que se rige la solución de Diferencias” (ESD) que se incluye en el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech. Contiene entre sus elementos más distintivos, la introducción del principio de inversión del consenso, o sea, las resoluciones de disputas se adoptarían a menos que existiera un consenso contra su adopción. La adopción de resoluciones se convertía en casi automática y de obligado cumplimiento. Como contrapeso a la inversión del consenso, en aras de garantizar la calidad de las resoluciones, se creó un órgano permanente de apelación (Órgano de Apelación), que actuara en una especie de segunda instancia, controlando la calidad de las resoluciones de primer grado; es integrado por personas neutrales e independientes. Los integrantes de la OMC no pretendían crear un tribunal comercial internacional, ya que de hecho el sistema de solución de controversias mantiene elementos de tipo intergubernamental, como el caso de las resoluciones que sean adoptadas por los miembros antes de ser obligado a un cumplimiento determinado; o que se prefiera la solución de controversias de mutuo acuerdo (art. 3.7 del ESD); o que el mandato del órgano de apelación se limite a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por el mismo. Las resoluciones del Órgano de Apelación denominadas “informes” han contribuido a la consolidación de todo un cuerpo de derecho comercial internacional, que algunos denominan como derivado de una “Corte Comercial Internacional”, aplicando en sus decisiones, las normativas de los Acuerdos de la OMC.

Este sistema de solución de diferencias es aplicable a toda controversia que surja entre dos o más de sus miembros, respecto a los acuerdos abarcados, es decir el GATT de 1994 y demás acuerdos sobre comercio de mercancías; el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), el Acuerdo de Marrakech o el mismo ES.

El procedimiento tiene generalmente tres etapas: la primera, de consultas en las que las partes intentan llegar a una solución negociada; cuando ello no es posible, se pasa a la segunda etapa en la que el miembro reclamante puede solicitar se establezca un “grupo especial” que debe determinar si la ley, reglamento u otra medida aplicada por el miembro en cuestión es compatible con los Acuerdos de la OMC. El grupo especial emite un informe motivado que es adoptado por los miembros de la OMC. Cualquiera de las partes en la controversia puede apelar el informe del grupo especial ante el Órgano de Apelación.

El proceso ante el Órgano de Apelación tiene una etapa inicial escrita, seguida por una audiencia con las partes y los terceros, después de lo cual vienen las deliberaciones internas y la elaboración del informe por el Órgano de Apelación, el que debe emitirse dentro de los 90 días desde que se inició la apelación y debe ser motivado. Las decisiones del Órgano de Apelación y de los grupos especiales son solo vinculantes para las partes en la controversia, pero los mismos pueden ser usados como precedentes en casos futuros.

Algunos de los principios de este sistema de solución de controversia, son la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio, determinando los derechos y obligaciones de los miembros y aclarando las disposiciones de estos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público. En síntesis, el Órgano de Apelación busca anclar las normas de la OMC y sus decisiones en el sistema de Derecho Internacional Público, contribuyendo a la previsibilidad y seguridad del sistema.

Otro principio es el de la pronta solución de las situaciones en las cuales un miembro considere que cualquier ventaja resultante para el, se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro miembro; siendo este principio de mucha importancia, ponderando que este sistema de solución de diferencias, los remedios son prospectivos y no retroactivos, y que no se recibe compensación alguna por el daño sufrido durante el curso del procedimiento, no existiendo tampoco medidas cautelares ni provisionales, por lo que una demora excesiva puede conllevar un alto coste económico.

El tercero de los principios que ayuda a la equidad y eficacia del mecanismo de solución de controversias es considerar y comprender que la utilización del mismo no debe ser concebido como actos contenciosos, y si surge una diferencia, todos los miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla. Coherentemente con esto se prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y siempre que un derecho interfiera en la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe y razonablemente.

Se destaca en el procedimiento ante el Órgano de Apelación, lo que se denomina “intercambio de opiniones”, en el sentido de que como es colegiado de siete miembros, de los cuales sólo tres de ellos decide cada asunto, se dispone reglamentariamente que todo integrante del Órgano intercambiará opiniones que los demás miembros antes de haber finalizado el informe del examen en apelación para su distribución a los miembros de la OMC. Aunque el mecanismo es informal y las deliberaciones secretas, responde a una lógica común en toda actuación de tribunales colegiados en el sentido que cada uno de sus integrantes conozcan lo que se está examinando y tratando en cada caso, y permita una coherencia y enriquecimiento con la participación de todos sus componentes humanos, teniendo principalmente en cuenta que provienen de distinto ámbitos, ya que hay jueces nacionales, integrantes de parlamentos nacionales, juristas de reconocido prestigio, académicos, expertos en derecho internacional público o diplomáticos; la experiencia del intercambio de opiniones permite aportar a cada uno de ellos, su visión y experiencia personal para la solución de un conflicto comercial.

b) La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que tuvo vigencia a partir de 1994, regula los derechos y la responsabilidad de los Estados respecto al espacio marítimo internacional, define las condiciones de explotación de los recursos marinos y protege el medio ambiente marino, reglamentando las actividades de extracciones mineras y de investigación científica. La convención regula la solución de las disputas instituyendo un sistema obligatorio de solución de disputas, que prevé que las controversias que tienen por objeto la interpretación

o la aplicación de sus normas, deben ser sometidas a solicitud de una de las partes, a un órgano judicial legitimado para adoptar decisiones vinculantes (la jurisdicción es obligatoria). En 1996 se instituyó el Tribunal Internacional del Derecho del Mar con la finalidad de crear un organismo judicial permanente para solucionar las controversias que surgen de la aplicación e interpretación de la mencionada convención. Su carácter no es exclusivo, pudiendo las partes contrayentes elegir libremente si se dirigen al mismo o bien optan por otras vías de recurso, como la Convención Internacional de Justicia o al tribunal arbitral constituido en el Anexo VII de la Convención, o al tribunal arbitral especial del Anexo VIII.

La jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar admite la intervención de expertos científicos o técnicos en el proceso, prevé poder disponer de medidas cautelares, contempla las garantías del debate con la previsión de un coste de notificación del recurso y se apoya en el carácter vinculante y definitivo de las decisiones. La legitimación de la actuación ante el mencionado Tribunal está conferida a los estados contrayentes.

Pueden recurrir al tribunal sujetos distintos en los casos expresamente previstos en la Sección XI de la convención, establecida por la tutela del área denominada Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que es una administración internacional, que puede dar inicio a un procedimiento para solucionar las controversias sobre los fondos marinos, así como para proteger los derechos sobre los recursos del Área conferidos por la Convención a toda la humanidad. Este proceso se realiza ante la Cámara Especial del Tribunal del Mar, competente para intervenir en todos los asuntos relacionados con los fondos marinos para las controversias relativas a la gestión del área. Si la Autoridad establece un estado ante dicha Cámara, los estados contrayentes aun no habiendo aceptado la jurisdicción previamente, no pueden evadirla. La autoridad goza de inmunidad de jurisdicción.

c) Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR:

Mercosur es una organización internacional regional surgida del tratado de Asunción de 1991, establecida entre cuatro países de la América del Sur (Brasil,

Argentina, Uruguay y Paraguay), con el fin de crear un mercado común. Se asociaron además al Mercosur los países de Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

Los objetivos de la comunidad de Estados son la creación de un mercado único en el que estén garantizadas la libertad de circulación de bienes y servicios, y una política comercial común con terceros Estados. En estos términos, las analogías con la comunidad Europea son muchas, pero también las asimetrías¹²¹. La propia estructura institucional y constitucional de Mercosur tiene importantes rasgos de similitud con la europea: los órganos de gobierno de la comunidad de Mercosur (consejo del Mercado común, Grupo del Mercado común, la comisión del comercio de Mercosur, parlamento, Secretaría) promulgan autos normativos secundarios y ejercen funciones administrativas que imponen, a efectos obligatorios, a los Estados miembros. En su seno, la organización regional ha desarrollado, primero con el protocolo de Brasilia y al final con el Protocolo de Olivos, que entró en vigor en 2004, un sistema de resolución de los litigios articulado y terminado en el que tanto los Estados miembros como las personas físicas y jurídicas (aunque estas últimas por vía indirecta) pueden proponer peticiones de tutela. Esto es fruto de un proceso de evolución, dado que en el momento del nacimiento de la comunidad, el sistema judicial tenía una estructura diádica y, por tanto, implicaba una negociación bilateral de la controversia, eventualmente mediada por las instituciones comunitarias (Grupo del Mercado Común (GMC) y Consejo del Mercado Común (CMC). con el protocolo de Brasilia se finaliza el paso a la fase tripartita, con la creación del tribunal Ad Hoc de Mercosur. El proceso de judicialización se perfecciona más tarde con el protocolo de olivos de 2002, que rediseña el sistema de solución de controversias anteriormente introducido por el protocolo de Brasilia y crea el tribunal permanente de Revisión en calidad de juez de apelación delegado para garantizar la interpretación uniforme del derecho de la comunidad. Desde entonces, se establece un sistema de solución de las controversias de carácter obligatorio. Éste se dirige preferentemente a los Estados, que tienen acción directa ante el TAHM. Sin embargo, la jurisdicción constituida de esta manera, no tiene

¹²¹ VENTURA, Deisy. Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea, Los desafíos de una asociación interregional, Montevideo 2005.

carácter exclusivo y los Estados pueden, conforme al art. 1 del protocolo, optar por otras vías de apelación. En particular, en el caso de que el litigio sea susceptible de formar parte del ámbito de aplicación de los acuerdos de la OMC, la controversia puede ser sometida, según elija la parte recurrente, al correspondiente sistema de resolución de las controversias. El TAHM y el tribunal permanente de revisión tienen competencia para conocer las controversias relativas a la interpretación, aplicación y violación del tratado de asunción, del protocolo de ouro preto, de los protocolos adjuntos al tratado, de las decisiones del consejo del Mercado común, de las resoluciones del Grupo del Mercado común y de las directivas de la comisión del comercio de Mercosur (art. 1 protocolo de olivos); en cambio no se les reconoce poder alguno de decisión sobre las normas y decisiones que promulgan las instituciones de la comunidad. En estos términos, el sistema judicial mantiene una impronta internacional e intergubernamental sin que se realice en el mismo una revisión de la legitimidad de las resoluciones de la Comisión, el Consejo y el Grupo Mercosur.

Las partes privadas, también gracias al Protocolo de Olivos, pueden disponer de una vía de recurso sólo indirecta. De hecho, su instancia debe presentarse a la Sección Nacional del Estado en el que residen, a la cual incumbe la valoración (no juzgable) sobre la oportunidad o no de recurrir al tribunal; por tanto, en realidad, la petición reivindicada por el individuo, el Estado debe hacerla propia y, en consecuencia, afectar al esquema del conflicto interestatal, para volver a entrar en la jurisdicción del tribunal.

La controversia ante el TAHM viene definida por un laudo: la falta de impugnación ante el tribunal permanente confiere a la decisión el mismo efecto que una cosa juzgada. En cambio, en caso de impugnación, automáticamente se suspende el efecto de la decisión de primera instancia. La falta de ejecución de los laudos del TAHM y del Tribunal Permanente de Revisión, dentro del plazo fijado por los órganos juzgantes, autoriza al Estado vencedor a impulsar una actuación ante el tribunal que ha promulgado el laudo; sin embargo, también prescindiendo de dicho recurso, aquél puede resolver la realización de contramedidas (como la

suspensión de las concesiones u otras obligaciones equivalentes) a fin de conseguir la observancia. En este sentido, la fase de ejecución de las decisiones de solución de controversias tiene las mismas características de la que actúa en el sistema de los acuerdos de la OMC.

Argentina aprobó el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur suscripto el 18/02/2002, a través de la Ley 25.663, de octubre de 2002.

El art. 1 del mencionado Protocolo establece que las controversias que surjan entre los estados partes sobre la interpretación, aplicación o cumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las decisiones del Consejo del Mercado en Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente protocolo. Por su parte el art. 2 dispone que las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente protocolo que pueden también ser sometidas al sistema de controversias de la OMC o de otros esquemas preferenciales de comercio que sean parte individualmente los estados partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro, a elección de la parte demandante, sin perjuicio de que las partes en la controversia pueden convenir el foro. Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias de acuerdo, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto. Si bien no es común que los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, decidan normalmente las controversias a ellos sometidas, con la aplicación de las normas protocolares y de acuerdos, así como a las decisiones y resoluciones de los órganos del Mercosur, lo cierto es que el art. 34 del Protocolo de Olivos enuncia como derecho aplicable además, a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia, y el segundo párrafo de dicha norma aclara que no está restringida la facultad de los Tribunales Arbitrales ad hoc o la del Tribunal Permanente de Revisión, de decidir la controversia ex a quo et bono, o sea con la

solución que consideren más equitativa en el caso particular, si las partes así lo acordaren; no obstante lo cual, el Consejo del Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción de foro.

Interpreto por lo tanto, que si los mencionados órganos de solución de controversia quieren decidir las cuestiones a ellos sometidas, aplicando criterios del derecho internacional, o de equidad que resulten convenientes, están habilitados para ello. En verdad, si uno recorre y analiza los laudos y las resoluciones dictadas por los órganos del Mercosur, llega a la conclusión de que en muchos de ellos se ha hecho consideración, ponderación, argumentación y resolución con fundamentos jurídicos incluyendo de derecho de la integración comercial y del derecho internacional, por lo que creo no resulta atinada la manifestación de que: “Mercosur no parece, pues, haber desarrollado un modelo de justicia coherente que reconozca al tribunal permanente una función de judicial review court basada en el ejemplo de el tribunal de Justicia de la comunidad Europea. En este sentido, la obligatoriedad de los autos de las instituciones Mercosur con respecto a los Estados no va acompañada, en el ámbito del sistema judicial, de la previsión de un control de legalidad sobre la actuación de la comunidad”¹²². En mi criterio existe control de legalidad, pero de otras características y modalidades que el que realiza el TSJUE cuando interviene. Y ese control de legalidad que realizan los órganos de resolución de controversias del Mercosur, también comprende el control de legalidad de la actuación de los países partes. Entiendo que los controles son diferentes, obedeciendo cada uno de ellos, a sus orígenes, conformación, naturaleza y finalidades.

d) El procedimiento del Panel de Inspección del Banco Mundial, a mi entender, no tiene los presupuestos ni la consistencia exigibles, como para ser considerado un sistema de control judicial, comparándolo a lo que hasta ahora se ha considerado.

Fue creado en 1993 por el Board of Executive Directors del Banco Mundial (resoluciones IBRD 93-10 y 93-6) a fin de mejorar la accountability y la transparencia de la labor de la institución. Esta última persigue, como es bien sabido, el objetivo

¹²² MARCHETTI, B. ob. cit. pp. 210-211.

de conceder préstamos y financiar proyectos en los países en vías de desarrollo para mejorar las condiciones sociales y económicas de la población. Sin embargo, puesto que la realización de los proyectos puede tener, a su vez, consecuencias perjudiciales para el medio ambiente, para las poblaciones indígenas, sectores vulnerables y para otros intereses locales, el Banco está obligado a observar algunas políticas y procedimientos que tienen la función de garantizar un sumario adecuado y una efectiva contemporización de los intereses involucrados por la actuación de financiación. El Panel de Inspección ha sido creado precisamente debido a las críticas dirigidas a la institución, por la sociedad civil, a causa de la realización de dos proyectos financiados en la India a finales de 1980.

De hecho, otorga a todos los sujetos potencialmente afectados por los proyectos, un ámbito ante el cual recurrir la violación, por parte del Banco, de los propias políticas y prácticas. Sin embargo, éste no es un verdadero tribunal, no adopta decisiones vinculantes y no decide una verdadera controversia. El colegio que lo forma está compuesto por tres personas, nombradas por el presidente del Banco previa consulta al Board of Executive Directors, de modo que estén garantizadas la independencia respecto al management del Banco y la competencia para llevar a cabo el mandato, que tiene una duración de cinco años. Están habilitados para requerir una investigación al panel, ya sean los sujetos potencialmente perjudicados por el proyecto financiado por el Banco (también representados por asociaciones), ya sea un individuo componente del la Junta o Board; además de impugnar la violación de los procedimientos del Banco, la otra condición necesaria, so pena de no admisibilidad de la solicitud, es que las partes se hayan dirigido previamente a la administración del Banco y que éste no haya demostrado la corrección de la actuación del Banco o no haya respondido a la petición. Si dichas condiciones subsisten, el Panel declara que admite el requerimiento y, a la luz de las informaciones recogidas, formula una recomendación al Board (Junta) of directors para disponer de la autorización para empezar a investigar. En este punto se abre la verdadera fase investigativa, que prevé una amplia participación de las partes interesadas y que concluye con la relación de un reporte final en el que el panel establece la conformidad o no de lo

que se ha realizado por parte del Banco respecto a los procedimientos operativos y a las políticas de la institución. Luego este reporte se envía a la Junta; a partir de ese momento, la administración del Banco dispone de seis semanas para someter a su vez recomendaciones en respuesta al reporte del panel e indicar los eventuales correctivos que pretende adoptar. A la vista de los dos reportes, la Junta debe comunicar a las partes solicitantes el resultado de la actividad de investigación y, si considera oportuno intervenir, también el tipo de actuación que pretende desarrollar para reparar las violaciones. Sin embargo, el órgano de gobierno del Banco no está obligado, jurídicamente hablando, a adecuarse a las conclusiones a las que ha llegado el Panel. El conjunto de reglas que gobiernan las funciones y la actuación del Panel de Inspección, no permite identificar con claridad la naturaleza del organismo y las lógicas correspondientes.

Algunos aspectos del procedimiento tienen algún parecido al correspondiente a la función judicial: su actuación es consecuencia de una instancia propuesta por sujetos privados; estos últimos presentan la solicitud para la protección de los propios intereses y la basan en la lesión de reglas (procedimentales y sustanciales) que vinculan la acción del Banco, según un esquema se puede parecer, si se reconocen en el Banco los rasgos de una administración, a la jurisdicción administrativa de legitimidad. En cambio, otras circunstancias, entre las que se halla la de que la resolución final del panel es inadecuada para producir efectos vinculantes para el Banco, llevarían a colocar más propiamente al Panel de Inspección entre los mecanismos de control. En vista de esta ambivalencia, aquél no deja de ser un foro de presentación de instancias provenientes de sujetos privados (que se dirigen al mismo para obtener una protección de sus intereses) contra una institución internacional. Y sólo eso, porque al reporte final le falta capacidad para vincular jurídicamente al Banco, aún cuando el procedimiento persigue el objetivo de corregir las violaciones producidas por el management debido a la falta de observación de las reglas específicas que gobiernan la actuación del mismo. En concreto, considero que se tiene que otorgar un incremento significativo de facultades al Panel de Inspección, así como una mayor y progresiva confianza en su labor, confirmados por un creciente apoyo de

su actividad investigadora por parte del Banco, y recién entonces se podría pensar en incluir este organismo dentro del conjunto de los organismos que muestran una finalidad judicial, aunque ésta esté todavía condicionada por el filtro de la voluntad política que se expresa en el Board o Junta.

Por consiguiente, el mecanismo del Panel de Inspección puede considerarse no tanto la sede de resolución de conflictos interestatales como en las otras hipótesis consideradas más arriba, sino la versión embrionaria de una justicia administrativa global (débil aún) que permite a personas privadas que están legitimadas, siempre que se demuestre la violación de reglas específicas, a impugnar directamente —y no a través de la representación de los propios Estados— la actuación de una administración internacional ante un organismo jurídico internacional.

Capítulo 4: Conclusiones

Contratación pública en el derecho administrativo global. Concepto de contratación pública y de contratos del sector público. Distinción entre contrato del sector público y contrato del sector privado. Ordenamiento regulatorio internacional de los contratos públicos. Acuerdo sobre Contratación Pública OMC. Ley Modelo sobre Contratación Pública ONU. Cuarta generación de Directivas Europeas en materia de contratación pública.

IV. 3. Conclusiones:

a) Me parece muy importante la emergencia del Derecho Administrativo Global en todos sus aspectos y facetas, pero sobre todo en materia de contratación pública, por los motivos que se expusieron más arriba.

En razón de que existe un gran avance hacia el objetivo de adopción de normas comunes que regulen dicha materia, que sean aplicables uniformemente por la mayoría posible de los países, entiendo que además de lo concerniente a lo que significa específicamente la contratación pública, es conveniente el diseño de políticas y programas que incluyan mecanismos de control, auditoría y fiscalización en los procedimientos, que abarquen tanto los actos preparatorios de la contratación, como los de su concreción y llamado, adjudicación y seguimiento de la ejecución de lo convenido, incluyendo ampliaciones, modificaciones y mejorados; independencia, categorización, profesionalización y especialización en todos los funcionarios y agentes que llevarán los trámites administrativos de las contrataciones, así como de los que realizarán los controles en cada etapa y de igual manera, los que tendrán a cargo las auditorías y fiscalizaciones; códigos de ética de todos los funcionarios públicos que actúen en las contrataciones, incluyendo todas las etapas, y controladores, auditores y fiscalizadores; así como de las personas privadas que representen a los distintas clases de proveedores y contratistas; creación o institucionalización de órganos independientes de conciliación y mediación en las controversias derivadas de la contratación pública, tribunales arbitrales y administrativos independientes que resuelvan las controversias suscitadas en la misma materia. Todo ello con la perspectiva de aprobar un amplio marco normativo, flexible y dinámico, que pueda ser admitido e incorporado además, como derecho nacional o interno por esa mayoría de naciones del mundo.

Percibo el desarrollo de toda la temática del derecho global administrativo, impregnada de buenas intenciones, y a sus prestigiosos sostenedores muy dedicados a la preparación de una especie de buen crecimiento y desarrollo del mismo. Pero también tengo la sensación que falta dedicarse con mayor esfuerzo a

tratar de ir llenando todos los vacíos y las carencias que presenta el vasto universo jurídico y de las distintas realidades comprendidas por ese fenómeno, y seguramente que esos aspectos empezarán a ser ocupados para su tratamiento y desarrollo por los doctrinarios del derecho administrativo.

El profesor José Luis MEILÁN GIL, en su monografía titulada “Una aproximación al Derecho administrativo global”, publicada por la Editorial Derecho Global/Global Law Press, en 2011, parte de la existencia de necesidades globales advirtiendo la ausencia de una Constitución o de un poder legislativo mundial, y de la necesidad de construir un Derecho público global propio de una “autoridad política mundial” que debería ostentar una ONU radicalmente reformada al menos tratando de instalar y perseguir el cumplimiento de los postulados de la gobernanza en red. Se trataría de un Derecho que debe responder a un ordenamiento social y democrático, al servicio de intereses universales. La necesidad de construir una autoridad y un Derecho global es urgente por cuanto actualmente entes públicos y privados sortean a los Estados, saltando por encima a parlamentos y gobiernos, y sin rendición de cuentas o accountability. Dentro de ese Derecho público global se encontrarían el Derecho constitucional global y el Derecho administrativo global. En el Derecho constitucional global no hay constitución ni órgano ante el cual se pueda exigir la responsabilidad de los titulares de los órganos de resolución de conflictos y, a menudo, no se ejecutan decisiones contra Estados o multinacionales poderosas. Sería necesario contar, pues, con instrumentos normativos e institucionales que permitan revisar la vulneración de derechos fundamentales y las incompatibilidades, exclusiones y la designación de los miembros propuestos para organismos globales. Por su parte, en el Derecho administrativo global hay normas de origen público y privado, vinculantes y no vinculantes, cuya fuerza deriva de las delegaciones implícitas de los Estados o del carácter científico o técnico de sus componentes, acompañadas o no de sistemas cuasijudiciales o de arbitraje. Lo llamativo es que producen normas sin el respaldo o delegación expresa de ningún parlamento nacional y en órganos en que intervienen funcionarios que tampoco responden ante sus propios parlamentos. Tampoco hay poder ejecutivo ni judicial, pero sí principios como los de motivación, participación

y audiencia de interesados, autonomía e independencia y neutralidad. Principios en los que debería basarse una nueva legitimidad y respecto de los que se produce un recíproco trasvase del Derecho interno al global, y viceversa. Y es que para el profesor J. L. MEILÁN, coincidiendo con el pensamiento de S. CASSESE, el Derecho administrativo global no ha de ofrecer menos garantías que el de los Estados, y su déficit democrático se palia por el claro sometimiento a unas adecuadas reglas de Derecho que resulten familiares a todos los Estados, que constituyen un patrimonio jurídico común de los Derechos estadounidense y europeo. De este modo, el Derecho administrativo global tiene una naturaleza fundamentalmente principal. Los derechos humanos pueden suministrar a tal efecto un aporte significativo, en cuanto a su universalidad, en los que pueden subsumirse principios generales del Derecho o principios comunes a los procedimientos e instituciones administrativos, como los de objetividad, transparencia, igualdad, independencia e imparcialidad, eficacia y proporcionalidad, rendición de cuentas (accountability) o el de prevención y precaución¹²³.

Mi opinión personal en este tema es que el método y práctica que se puede seguir en esta regulación integral y universal de la contratación pública, es el de la ONU cuando en 2011 aprobó la “Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Pública”, lo que permite una adhesión y aprobación mas simplificada para todo los países que tengan la determinación de adoptarlo. Para evitar repeticiones, me remito a lo que más adelante expondré respecto a esa Ley Modelo, en lo relacionado a los beneficios de un marco normativo amplio, flexible y adaptable de acuerdo a las peculiares circunstancias y exigencias de cada país.

b) En cuanto a lo concerniente a la lucha contra la corrupción y el fraude en materia de contratación pública, de la síntesis que realicé más arriba del marco normativo internacional en vigor, podría decirse que no falta casi ninguna medida

¹²³ Resumen efectuado por Emilio GUICHOT, Revista de la Administración Pública, nº187, Madrid, enero-abril 2012, ps. 323-4.

preventiva o sancionatoria que no esté prevista en algunas de las convenciones o normas internacionales vigentes sobre esa cuestión.

Pero lo importante es tratar en este trabajo de investigación, de realizar algunas propuestas tendientes a lograr medidas y sanciones efectivas en contra del flagelo de la corrupción y el fraude. Las recomendaciones que efectuaré son meras propuestas que pueden resultar beneficiosas para el combate del lastre de la corrupción, pero no pretenden ser las soluciones definitivas.

Las proposiciones que condensaré, no son originales, sino que surgen de consultar a varios autores que se ocuparon de la cuestión, a los que se puede recurrir en caso de que se quiere profundizar el análisis¹²⁴. Las medidas que se proponen se pueden agrupar en los siguientes campos de actuación:

*La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar, sobre la prevención y la lucha contra la corrupción.

En momento como los actuales, el debate se centra en la regeneración democrática, comenzando con la financiación de los partidos políticos, siguiendo por la revisión del modelo normativo de la contratación, una praxis menos burocrática y parcial, por una más independientes y profesionalizada para modificar un régimen confuso y oscuro, y muy poco eficiente, que presente a la organización pública como un obstáculo. Urge consolidar un nuevo sistema que ponga en valor el principio de integridad y el de buen gobierno.

¹²⁴ GIMENO FELIÚ, José María. Nuevos paradigmas de la contratación pública: la transparencia y la integridad en un contexto de prevención de la corrupción. Observatorio de Contratación Pública de la Universidad de Zaragoza, file:///H:/documentos_8-Ponencia-JM-Gimeno_5f0c721f%20(2).pdf; mismo autor, ponencia presentada en I Jornadas SOBRE NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACION PUBLICA, con atención a LA NUEVA REGULACION DE LA CONTRATACION PUBLICA A DEBATE DESDE LA PERSPECTIVA DE COMPETENCIA, SOLIDARIDAD E INTEGRIDAD, celebrada en Zaragoza 2 y 3 de mayo de 2017, file:///C:/Users/Rolando%20Toledo/Desktop/corrupcion%20contratacion%20publica/Medidas%20de%20prevención%20de%20corrupcion%20y%20refuerzo%20de%20la%20transparencia%20en%20la%20contratacion%20publica.pdf; MELIAN, Juan Carlos. La integridad en la nueva ley de contratos del sector público, 09/11/2017, file:///C:/Users/Rolando%20Toledo/Desktop/corrupcion%20contratacion%20publica/La%20integridad%20en%20la%20nueva%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20Público.pdf.

Se debe establecer un marco jurídico coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación. Estos controles tienen que realizarse desde los actos preparatorios anteriores a la contratación, pasando por todas las demás etapas del llamado, adjudicación, y todo lo relativo a la ejecución. Con posterioridad al control debe haber información acerca de su resultado, y a sus efectos. Priorizando un sistema de evolución y mejora continua.

**La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública obstaculiza la aplicación correcta de sus normas y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública.

***Para asegurar un nuevo modelo de gobernanza en la contratación pública (y de eficiencia y contención del déficit público) resulta necesario articular la obligación de transparencia como instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

****Resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

La publicidad de la contratación debe estar contenida en la plataforma de contratos del sector público, y el incumplimiento a tal requisito significará la nulidad de la licitación.

*****La rendición de cuentas debe aportar datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público, lo que permitirá detectar la corrección o no de la utilización de las formas de provisión. Importe y número de contratos que recaen en los licitadores, desagregando el dato, por tipo de administración, con el fin de detectar prácticas restrictivas o posiciones privilegiadas en un concreto mercado público.

*****El objetivo de integridad -reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción- forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Hay que reconducir y resolver el problema de la corrupción en la contratación pública. Y además, reforzar la visión de compra pública desde la perspectiva de la integridad, auténtico principio jurídico y no mera norma ética.

Es necesario corregir el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración. Una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos, y bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada.

*****Se tienen que mejorar y ampliar los sistemas de prevención: cualquier ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “prevenir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto. La prevención es una inversión y no un gasto. El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en

cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública del 24 de enero de 2017: ahorro del 5 por ciento de la contratación. El control de la contratación pública debe ser contextualizado como una inversión, tanto económica (pues permite la eficiencia real del modelo, al permitir una efectiva concurrencia) como social, en tanto permite la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público. Debe evitarse que sea un sistema formal (no se aplique, por ejemplo, a todos los contratos) o meramente represivo o indemnizatorio. Debe preservarse la idea de tutela de primer grado.

No basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos). Como bien advirtiera Daniel KAUFMANN, “la corrupción no se combate combatiendo la corrupción”¹²⁵.

Los mecanismos preventivos para luchar contra la corrupción pueden sintetizarse en:

-Reforzar el principio de integridad en todos los niveles de la contratación pública. Diseñar una estrategia de control público interno y externo, que sea realmente eficiente y efectivo, en cada etapa de la contratación pública. El resultado del control debe tener un seguimiento, en el sentido de evaluar su contenido y sus efectos. Lo importante es instaurar un sistema de mejora permanente en este aspecto.

-La mejora debe partir desde la fase de preparación de los contratos, exigiendo una supervisión efectiva de los documentos que establezca la naturaleza y el objeto del contrato, el alcance de sus prestaciones y el sistema elegido para seleccionar al adjudicatario. Tiene que desarrollarse también en la fase de adjudicación, regulando con precisión el carácter excepcional y las condiciones de los procedimientos para que no haya publicidad, incluyendo el procedimiento negociado sin publicidad; establecer criterios razonables para la presentación de

¹²⁵ KAUFMANN, Daniel. “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, Revista Finanzas & Desarrollo, septiembre de 2005, pp. 41-43.

ofertas, elevando los plazos mínimos en casos de compra pública de innovación y de concesiones, para facilitar la concurrencia y disponer de un tiempo para formular alegaciones a los documentos contractuales; regular específica y claramente los criterios de adjudicación de las ofertas como el sistema de su valoración, determinando que aspecto se apreciarán y como, con cuales parámetros van a ser puntuados los que tengan ponderación técnica; establecer en los pliegos las mejoras y variantes que se admiten y su manera de valoración; la regulación de las ofertas anormales o desproporcionadas deben mejorarse, estableciendo la ley cuando una oferta es temeraria, aplicable en caso de que los pliegos no lo determinen; instituir mesas de contratación exclusivamente técnicas, siendo públicas sus reuniones, así como la publicidad obligatoria de sus actas e informes de valoración que basen sus propuestas. En las fases de ejecución y resolución de los contratos es necesario aumentar el control para garantizar la efectiva concreción de lo convenido, en calidad, coste y plazo. Para el contralor interno de todas estas cuestiones, es propicia la existencia de un responsable del contrato, que tiene que emitir informes periódicos y al finalizar, así como promover el encargo de controles de calidad externo a empresas independientes especializadas. Limitar estrictamente la posibilidad de modificar los contratos, debiendo primar como principio en la materia, la exigencia de que cualquier modificación contractual además de la satisfacción de un interés público y concreto, debe presentarse como el mejor instrumento para ello, o sea, que resulta mejor que el cumplimiento originario del contrato, con la resolución del mismo o la celebración de uno nuevo. En este contralor de las etapas posteriores a la adjudicación del contrato, se requerirá una aprobación motivada por parte del órgano independiente que debe realizar el control externo de la contratación.

-La experiencia del recurso especial: el autocontrol efectivo. Los datos acreditan las importantes ventajas económicas de un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e “inercias” administrativas. Ha mostrado una importante tasa de éxito la deducción y resolución de los recursos Este remedio se justifica desde la óptica de la buena administración: Directiva 2007/66 . Tal es la importancia del principio que Cassese

habla del “siglo de la buena administración”¹²⁶. El fundamento del control como Derecho a una buena administración ha sido utilizado en el Acuerdo 44/2012, del TACPA.

-El modelo del recurso especial ha sido reforzado por la STJUE 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), que ha declarado, por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, Consorcio Sanitario del Maresme, C-203/14, que en estos tribunales se dan las notas de carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción que justifican su consideración como órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

-Se propone extender el recurso especial incorporando la acción pública en defensa del derecho a una buena administración (Propuesta de Transparencia Internacional España).

-Poner en valor la idea de justicia material, extendiendo el recurso especial sin importar el importe de la contratación. El importe es un dato indiferente en la efectividad del control.

-Se auspicia que sea un recurso que abarque en su objeto cuestiones relativas a la ejecución, como modificación, subcontratación, resolución e incumplimiento.

*****Deben modificarse aspectos del sistema de fiscalización; la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo la investigación de oficio en cualquier momento, con posibilidad de suspender procedimientos, así como toda actividad preventiva de posibles perjuicios); de Agencias de Lucha antifraude, de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, como, en su caso, la creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos (con competencias de supervisión y sanción) realizándose un profundo análisis de necesidad y conveniencia sobre la idoneidad del papel a desempeñar por cada uno, para evitar tanto una sobrecarga con

¹²⁶ CASSESE, Sabino. Il diritto a la buona amministrazioni, European Review of Public Law, v. 21, n. 3, Ed. 2009, p. 1037

innecesario control como de competencia indebida entre ellos. La arquitectura jurídica de fiscalización en materia de corrupción debería, residenciarse en un único organismo de supervisión.

*****El Pacto de Integridad (PI) es una idea-herramienta destinada a las autoridades gubernamentales y empresas licitadoras que ha sido desarrollada por la organización Transparency International Secretariat, con el propósito de reducir la corrupción y el gasto innecesario en las contrataciones del sector público. La propuesta exige la colaboración de las partes contratantes del sector gubernamental y privado para implementar el PI, facilitado por una organización de la sociedad civil (OSC) y grupo monitor independiente que contribuirá a supervisar en todas las fases de la contratación que el pacto se cumple. Los controles internos administrativos son pieza clave en la prevención de la corrupción y, por ello, debe insistirse en el rol de la Intervención y de los Servicios jurídicos. Sin embargo, la gestión de la Administración debe ser “validada” por la percepción ciudadana, y de la necesidad de avanzar en un nuevo modelo de gobernanza público más participativo, transparente y con vocación de rendición de cuentas. Por ello es importante avanzar en esta nueva cultura del control y de la regeneración democrática junto o en colaboración a la sociedad civil. Estos pactos de integridad no son una duplicidad con la organización administrativa ni pretenden suplantarla o controlarla. Su función y finalidad es “validar socialmente” la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar.

*****Resulta necesario -de forma conjunta- abordar el reto de la profesionalización (capacitación/ especialización) en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas. La Profesionalización de la contratación pública permite garantizar que la evaluación de las necesidades es adecuada (desde un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva), evitando la provisión innecesaria, mal planificada.

-La actividad de los gestores públicos se debe atener a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan y prevenir conflictos intereses (efecto didáctico). Los Códigos éticos son un instrumento útil para concretar estándares éticos y de conducta de los cargos y empleados públicos: ayudan a persuadir e incentivar a sus destinatarios respecto a una actitud ética y sirven para incrementar o reforzar la confianza de los ciudadanos en los empleados públicos.

-Debe planificarse correctamente la necesidad a contratar (especialmente en el caso de infraestructuras). Es necesario un nuevo enfoque de las inversiones de la UE, y los responsables políticos de la UE deben ajustar más estrechamente el presupuesto a las prioridades estratégicas de la Unión a largo plazo y aumentar su capacidad de respuesta ante las crisis. Además, la legislación debe asegurar de que los regímenes de gastos fijen claramente los resultados perseguidos y los riesgos asumibles. Por su parte, los gestores financieros deben asegurarse de que el dinero se gaste conforme a las normas establecidas y alcance los resultados que con él se pretende conseguir.

-Es necesario la mejor formación y capacitación de los gestores públicos, con modelos que incentiven y pongan en valor el trabajo en contratación pública. Evitar la “politización” de la gestión del procedimiento. Solo así se puede fomentar una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición “pasiva” y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación).

*****Es necesario detectar a los responsables de la manipulación y contaminación de los procedimientos, garantizando su efectiva sanción, además de posibilitar la indemnización por el daño y quebranto que se hayan causado.

Es cierto que las medidas punitivas son las que indefectiblemente tienen que terminar el círculo de la lucha contra la corrupción. No basta efectivizar

todas las medidas preventivas que otorga el menú antes descrito, sino se aplican las sanciones que corresponden, administrativas y penales. Es imprescindible establecer un sistema efectivo de exigencia de responsabilidades, regular, de modo claro, preciso y dentro de la debida proporcionalidad, un cuadro de sanciones por incumplimiento de la normativa y el adecuado sistema para hacerlas efectivas¹²⁷. La experiencia indica que se debe concretar la utilización de los mecanismos para controlar la corrupción, y cerrar los mismos con un sistema que garantice perseguir u sancionar a los que han infringido sus normas, con o sin delito; por supuesto que para ello se deben asignar mayores recursos económicos, normas más precisas y la independencia y profesionalidad de investigadores y juzgadores; la detección de anomalías, irregularidades e ilícitos administrativos, debe dar lugar al replanteo del procedimiento de contratación y la adopción de medidas correctivas para impedir que se vuelvan a producir¹²⁸.

c) La práctica del derecho administrativo global demuestra que el sistema de control y revisión –sea meramente interno o interinstitucional- se incrementa constantemente. Los tribunales internacionales también han crecido y comenzado a realizar una mayor actividad en las últimas décadas, pero el sistema sigue lejos de parecerse al de los tribunales nacionales, de carácter estable y permanente, y basados en la universalidad de la jurisdicción, realizándose al respecto una comparación particularmente útil con la experiencia europea¹²⁹.

Debe resaltarse que las dos clases de control ayudan a la expansión de los mecanismos del derecho administrativo global, tanto dentro de las organizaciones globales, como en las administraciones que hacen de administraciones indirectas, porque aplican las normas y decisiones adoptadas a ese nivel global; la expansión es útil para asegurar las decisiones que se fundan en virtud del derecho aplicable,

¹²⁷ ESCRIBUELA MORALES, F. Javier. La contratación del sector público y la corrupción, Contratación administrativa práctica, n°135, sección estudios, enero 2015, Editorial La Ley.

¹²⁸ MARTINEZ FERNANDEZ, Tesis doctoral, Transparencia versus Corrupción en la Contratación Pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción, Universidad de León, 2015, p. 492.

¹²⁹ MARCHETTI, Bárbara. Justicia Comunitaria y Justicia Global: elementos para una comparación. Obra incluida en la obra citada en nota 81, ps. 198 y ss.

garantizando los derechos materiales y procedimentales que asisten a los interesados y a los estados, contribuyéndose en algunos casos, para que se ponderen y respeten los intereses habitualmente ignorados o marginados. Un caso paradigmático e impactante es la reconocida sentencia del TJUE que declaró inválida la resolución de la Convención de las Naciones Unidas, por no observar las exigencias del debido proceso cuando sancionó a individuos por supuesto financiamiento al terrorismo internacional, sin otorgarle la posibilidad de ser oídos ni de defenderse, o en materia de dopaje deportivo. Decisiones que afectaron a 28 países europeos, que demuestran la posibilidad de actuación que existe en este espacio global. Los ejemplos citados europeos, demuestran claramente que las relaciones entre las diversas organizaciones resultan esenciales en la gobernanza global.

Respecto a los instrumentos de control que plantean los propulsores del derecho administrativo global, su finalidad principal es indagar en la posibilidad de instrumentar, ante su inexistencia, mecanismos de control aplicables sobre los órganos globales, explorando las posibilidades de establecerlos y, en tal caso, de determinar cuáles y con qué alcance y efectos. Desde esta perspectiva, se suelen plantear dos posibilidades, eventualmente alternativas, para la formación de instrumentos de control: por un lado, una fórmula posible es la generalización de los instrumentos nacionales existentes, de forma que pudieran aplicarse en supuestos protagonizados por los órganos globales. Es claro, de esta forma, que se apunta derechamente a la creación jurisprudencial de mecanismos y procedimientos aplicables, mediante la generalización o extensión de los remedios procesales previstos en el respectivo Derecho nacional (o supranacional) para que los órganos judiciales pudieran aplicarlos al resolver conflictos suscitados con motivo de decisiones adoptadas por aquéllos. Obviamente en la medida en que se trata de aprovechar y emplear mecanismos vinculados a instancias nacionales, en los que se crean y conforman, se plantean problemas relevantes para justificar la validez, y la propia eficacia, de su aplicación. Por otro lado, se alude a la aplicación de los mecanismos que incorporan los propios entes globales en la regulación que

les resulta aplicable (así, y por ejemplo, el caso del Panel de Inspección del Banco Mundial). De forma que, si se incorporan, se observa una regla de legalidad y seguridad jurídica. Aunque el problema real subyacente, que es el que se encuentra en la base del Derecho Administrativo Global, es la ausencia de tales mecanismos de control aplicables sobre los organismos globales. En la fundamentación última de los mecanismos de regulación se encuentra la existencia de una fórmula de solución de conflictos, atribuida en su ejercicio a algún sujeto, caracterizado por su condición de poder público, que pueda adoptar las decisiones precisas para solventar los conflictos y que cuente además con mecanismos eficaces que permitan materializar en la realidad de las cosas las decisiones que adopte. En la literatura sobre el DAG se constata la ausencia de este protagonista (salvo excepciones, referidas a los supuestos en los que ha sido creado en tratados específicos). Una eventual fórmula para solventar la objeción es reconocer a los poderes públicos nacionales la competencia para resolver conflictos derivados de las regulaciones o decisiones globales. Lo que evidencia que esta posibilidad sin duda está pensada y considerada por los operadores que se sitúan en países desarrollados, que con la seguridad de quien considera contar con las mejores soluciones no duda en aplicarlas a cualesquiera supuestos de hecho, aunque no resulte tan claramente aceptable para ellos la hipótesis contraria, esto es, que las decisiones procedan de instancias diferentes a ellos mismos y reclamen su aplicación sobre los desarrollados.

Por todo ello se suele reconocer que, más allá de la formulación de instrumentos de reacción y control, el Derecho Administrativo Global incorpora o pretende alcanzar “proyectos normativos” o “metas normativas”, que pueden consistir (se exponen de menor a mayor en su grado de ambición o intensidad) bien en un concreto concepto funcional, vinculado con la finalidad de asegurar que se cumplan bien las reglas; bien, incorporando un paso más, la protección de los derechos (poniendo el énfasis en la protección de los derechos humanos); o bien un escenario más intenso: la materialización de los ideales democráticos en la fijación de las necesidades, el funcionamiento y las posibilidades del DAG (esto es, la función normativa del Derecho Administrativo Global).

Realizando un análisis comparativo de los mecanismos de solución de controversias del derecho administrativo global que anteriormente desarrollé, con los que funcionan tradicionalmente en el derecho internacional como producto de los distintos pactos y convenciones, dentro del modelo triádico de resolución de controversias pueden tener naturalezas distintas, es decir, puede ser consensual u obligatorio. En el primer caso, los Estados litigantes deciden, en su momento, si delegar (o no) la disputa a un órgano constituido ad hoc, y es dicho poder el que confiere legitimación y autoridad a dicho órgano. En cambio, en caso de que se establezca un sistema triádico obligatorio, el órgano juzgante está permanentemente constituido y basta la voluntad de un Estado para encargarle la gestión de la controversia. En este caso, el pacto constitutivo del órgano sustituye al auto de otorgamiento de poderes, y este último se vuelve permanente a través de la constitución del oficio juzgante.

Por lo tanto, el mayor o menor desarrollo de los sistemas globales depende de la medida en que los Estados intentan crear un sistema de normas objetivado y del consiguiente otorgamiento de una porción del propio poder de decisión, asignando a un órgano tercero el poder de dirimir litigios, lo que implica en realidad, renunciar en parte a la propia soberanía, por la que se prestarían mejor los mecanismos de negociación diplomática y la regla de la unanimidad en las sedes de decisión. Si se observa el estadio de evolución de los distintos sistemas judiciales considerados, podemos llegar a la idea de que, en general, ya es recesivo el modelo dual de resolución de disputas, y que se ha iniciado un proceso de judicialización de los conflictos, aunque los espacios para la negociación bilateral de los conflictos sean y permanezcan coherentemente amplios, gran parte de los sistemas globales (y todos los considerados en esta investigación) prevén mecanismos triádicos (obligatorios y quizás incluso exclusivos) de resolución de litigios. En el ámbito de la OMC, las instancias de objetivación y una mayor previsibilidad de las reglas han constituido la condición para la creación de un sistema obligatorio y exclusivo de resolución de los litigios, basado en reglas procedimentales típicas de las jurisdicciones nacionales e internacionales y confiado a organismos independientes

que, más que las asambleas intergubernamentales, son capaces de efectuar la elección de las políticas del sistema.

Con finalidades análogas se han creado mecanismos obligatorios interestatales de resolución de controversias o disputas, incluso en el ámbito de la convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar y en el ámbito de Mercosur, con una entrega gradual a órganos terceros e imparciales de la función de resolución de las controversias. En los dos ámbitos, los procesos aparecen más o menos avanzados y estructurados distintamente, pero en ambos parece evidente el definitivo abandono del modelo dual de gestión del conflicto. Análogamente a cuanto sucede en el ámbito comunitario, Mercosur ha establecido, en el tribunal permanente del Mercosur y en el tribunal arbitral Ad Hoc, un sistema propio de jurisdicción obligatoria, aunque no exclusiva, y ha establecido las bases para un sistema judicial de arquitectura parecida, aunque menos desarrollada, a la comunitaria. En cambio, la convención para el Derecho del Mar ha creado, a partir de los rasgos más claramente internacionalizados, un sistema de resolución de litigios en el que todavía persisten elementos de consenso de la jurisdicción vinculados, en general, a la necesaria aceptación previa de la jurisdicción de los órganos de resolución de litigios. Sin embargo, en los tres casos parece emerger un dato común: la asignación a órganos judiciales de la importante función de interpretación de las normas del sistema conlleva, además de una unidad de la tendencia de los resultados interpretativos y, por tanto, una mayor certeza de las reglas, un papel propulsor de dichos organismos, que, también debido a la complejidad y complicación de los mecanismos de decisión (a menudo basados en reglas de unanimidad), sustituyen a las asambleas generales en la identificación de las políticas generales del sistema, y generan, en estos casos, problemas de accountability. En cambio el Panel de Inspección no forma parte de los mecanismos para resolver litigios interestatales. No es un foro para los litigios entre los países miembros y, por tanto, en este sentido, no presenta los rasgos de una jurisdicción internacional típica, estimando el autor de esta investigación que al contrario, no puede ser considerado un organismo judicial, ya que no presenta los elementos que permitan dicha asimilación.

Consecuentemente, del parangón realizado surge nítidamente que ninguno de los sistemas o mecanismos analizados es asimilable al modelo comunitario de sistema judicial.

Específicamente en relación al Mercosur, aun compartiendo algunos rasgos de la estructura institucional de la CE y los objetivos de integración jurídica de la misma, no presenta desarrollos similares: su sistema judicial queda limitado al análisis de los aspectos de la jurisdicción internacional sin que evolucione hacia un modelo de justicia administrativa y constitucional.

Por su parte, el DSS de la OMC y los tribunales contemplados por la convención para el Derecho del Mar carecen hoy en día de aspectos comparables a los de la comunidad Europea, aunque contengan un significativo desarrollo del sistema de justicia internacional, con la previsión de mecanismos obligatorios (y sólo algunas veces exclusivos) de resolución de litigios de carácter interestatal concernientes a la violación de los acuerdos. Pero más allá de la similitud del aspecto relativo a dicha función, quedan, también en este caso, elementos que lo diferencian nítidamente, apreciando el peculiar papel jugado por la CE (y, por tanto, por los intereses de la comunidad como tal) que claramente supera la lógica meramente intergubernamental de la disputa; por el otro, un distinto sistema de aplicación y ejecución de las decisiones en los dos contextos, comunitario y global, parece demostrar un distinto grado de internacionalización de los dos sistemas de recursos. En el sistema de la CE, la impronta de la justicia comunitaria subsiste con su ímpetu originario, estando integrada por una justicia constitucional y una justicia administrativa, que se nutren de la naturaleza del proceso de integración europea, y por los aspectos constitucionales de la comunidad, respectivamente.

El sistema de la UE, cuenta desde 1950 con un órgano comunitario dotado de competencias propias y legitimado para adoptar decisiones vinculantes también frente a los Estados (la alta autoridad), la previsión de un control de legitimidad sobre las decisiones correspondientes, un sistema atípico y original de relaciones entre comunidad y Estados miembros (se ha reflejado desde el principio) que se traduce, todavía hoy, en una jurisdicción que presenta, al mismo tiempo, los rasgos

típicos de un sistema judicial nacional y los de una jurisdicción internacional de vigilancia sobre la observación de los tratados.

V. Contratación pública en el derecho administrativo global.

No resulta posible en la actualidad, desatender el trascendente impacto del derecho administrativo global en los ordenamientos administrativos nacional, habida cuenta que es uno de los ámbitos en que mejor se refleja el proceso de formación, desarrollo y consolidación del mismo; la evolución en la materia ha llegado a tal punto, que Moreno Molina¹³⁰ afirma que se puede concluir con firmeza, que es un sector paradigmático en la consolidación del derecho administrativo.

El concepto de derecho administrativo global de los contratos públicos se puede entender de dos formas distintas. En un primer sentido estricto, comprendería las normas y principios que regulan la acción administrativa de las instituciones internacionales y de las administraciones nacionales en tanto ejecutoras de esas decisiones. En este aspecto, el derecho global se presenta como con caracteres muy parecidos a los propios de los sistemas administrativos nacionales¹³¹, pudiéndose avalar esa afirmación si se analiza las funciones en materia de contratación pública de las instituciones y órganos comunitarios europeos, sus tipos de actividad, el régimen jurídico de la UE y la jurisprudencia de su TSJEU, ya que habiendo tenido su origen dicha UE en un poder público en el sector económico, la misma se ha convertido en un poder público plurisectorial o global.

Schwarze ilustró que la UE dispone de un fondo de normas y principios de derecho administrativo totalmente comparable al de los derechos administrativos de los estados miembros¹³².

¹³⁰ MORENO MOLINA, José Antonio. Derecho Global de la Contratación Pública, 2011, Ed. Ubijus, México, p. 1.

¹³¹ CASSESE, Sabino. L'architettura costituzionale della Comunità europea dopo Maastricht e il posto dei poteri locali, Milán, Italia, 1996, p. 421.

¹³² SCHWARZE, Jürgen. Droit administratif européen, Bruselas, Bélgica, 1994, v. I, p. 83.

Pero en un sentido amplio, el derecho administrativo global de la contratación pública presenta el proceso del desarrollo de un derecho administrativo común en esta materia, como lo paso a exponer.

Se puede constatar la tendencia internacional tendiente a la formación de un derecho común de la contratación pública, tocándole al derecho comunitario europeo un papel importante en la unificación de los procedimientos de contratación pública en la UE y sus estados miembros. La elaboración de tal derecho común, que regule las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, es propio no sólo del derecho comunitario y por lo tanto de los ordenamientos jurídicos de los países que integran la UE, sino que además se lo encuentra en ámbitos muchos mas extensos territorialmente hablando, como ocurre con la denominada globalización de los contratos públicos en Estados Unidos que cuenta con la “Federal Acquisition Regulation”, una especie de código de la contratación pública, que tiene una instancia administrativa que resuelve los recursos planteados en los procesos selectivos (General Services Administration *borrad of Contracts Appeals*, GSAB-CA). En este sentido se pueden sumar La normas sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio firmado por México, Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN); los acuerdos de integración del continente americano: el Acuerdo del Grupo de los Tres (Colombia, Venezuela y Mexico); los acuerdos bilaterales de México con Costa Rica, Bolivia y Chile; los de Chile con Bolivia, Ecuador, Venezuela y México: contienen regulaciones de las compras del sector público. Al panorama mencionado se añade que la casi totalidad de los sistemas de integración internacional, están analizando la inclusión de disposiciones sobre compras del sector público. En el ALCA que integra a 34 países, se instituyó un Grupo de Trabajo sobre Compras del Sector Público para elaborar un futuro posible acuerdo al respecto. También el MERCOSUR existe un Protocolo de contrataciones públicas. El colectivo de todo ese cúmulo de negociaciones, acuerdos, normas y regulaciones, demuestran claramente la tendencia existente hacia la formación de un derecho común de la contratación pública.

V.1. Concepto de contratación pública y de contratos del sector público:

Las administraciones públicas y territoriales, así como las administraciones del amplio universo de las entidades instrumentales que dependen de las mismas o de otros organismos internacionales, necesitan adquirir bienes y servicios de terceras personas, pudiendo la parte proveedora, ser pública o privada. La denominación convencional contratos públicos comprende a todo ese tipo de negocios jurídicos, o sea, a las adquisiciones y compras para uso o consumo público.

Los contratos públicos no constituyen una categoría jurídica. Con ese nombre se incluyen diversos tipos de contratos que distinguen netamente los unos de los otros, como los de obras públicas, de servicios, de bienes o suministros, etc. En el ámbito internacional se habla de compras del sector público, en el marco de acuerdo sobre contratación pública de la OMC. Las directivas comunitarias europeas sobre contratación pública, utilizan denominaciones como contratos públicos de obras, suministros y servicios.

Es necesario resaltar que los contratos públicos mencionados, se rigen por distintos sistemas jurídicos nacionales. En algunos países, derivados de la influencia del derecho francés, los mismos están regulados como contratos administrativos, que son como se designan los contratos más utilizados por las administraciones públicas (obras, suministros y servicios públicos), aplicándoseles las normas del derecho administrativo interno. En la mayoría de los demás ordenamientos, los contratos que celebran las administraciones públicas se tratan como contratos privados sujetos a las normas comunes del derecho civil y mercantil.

En el Acuerdo revisado sobre contratación pública, Anexo al Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública adoptado el 30/03/2012 de la OMC, por su artículo II, ámbito de aplicación, se establece en su apartado 1, que el Acuerdo es aplicable a las medidas relativas a una contratación abarcada, independientemente que se realice, exclusiva o parcialmente, por medios electrónicos. Su apartado 2, dispone que por contratación abarcada se entiende a la contratación realizada a efectos gubernamentales, de bienes, servicios o cualquier combinación de éstos.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública, aprobada el 01/07/2011, define en su artículo 2 inciso j) a la contratación o contratación pública, la adquisición de bienes, obras o servicios por parte de una entidad adjudicadora.

El artículo 1.2. de la Directiva 24/14/UE establece que se entiende por contratación la adquisición por parte de un contrato público de obras, suministros o servicios, por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, suministros o servicios estén o no destinados a un fin público, debiéndose entender la figura jurídica de manera amplia ya que se trata de que los poderes adjudicadores obtengan los beneficios de las obras, servicios o suministros, sin que implique necesariamente la transferencia de la propiedad. El art. 5.2. de la misma Directiva dispone que son contratos públicos los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios operadores adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

Señala Meilán Gil que la contratación pública es un término genérico que rebasa el de contrato público en sentido jurídico, aunque englobe todas sus manifestaciones. Puede ser entendida desde su importancia económica y social en el conjunto de la actividad del Estado o en casos de integración supraestatal como la Unión Europea. Es un instrumento eficaz para las políticas públicas que respondan a las necesidades y aspiraciones de la sociedad en que vivimos, que no está ya encerrada en el marco de un Estado. En ese sentido se habla de una “contratación estratégica”, que responde a reclamos políticos para la mejora de la sociedad que ya es global, para el “honeste vivere” clásico, que trasciende lo individual y repudia la corrupción más o menos rampante que erosiona la convivencia democrática; pero los juristas no somos ni politólogos, ni moralistas, ni demagogos pregoneros de utopías. Ese carácter estratégico no ha estado totalmente ignorado en la historia de la contratación pública, trátase de venta de bienes nacionales o de obras y servicios públicos. Es un hecho cierto que la contratación pública ha adquirido una dimensión reguladora, que se caracteriza por la creciente importancia que tiene la

preparación, llámese así o de modo equivalente, de los contratos públicos y su implicación jurídica. Es lo que el mencionado académico manifestó haber procurado hacer en la tarea científica y que lo llevó a sostener el contrato público como una unidad, que integra las fases antes referidas, sin separar la licitación del contrato, ni de identificar éste con la ejecución y a proponer que de él, y no de prerrogativas de la Administración ajenas al mismo, surgen derechos y obligaciones para las partes, lo definitorio del contrato como “supraconcepto”, que abarca al del poder público y al realizado por los particulares postura que intenta conducir a un posible punto de encuentro entre los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública en un mundo globalizado¹³³.

V.2. Distinción entre contrato del sector público y contrato del sector privado.

La contratación pública se distingue de la contratación privada, principalmente, por dos motivos: por una parte, la Administración pública no puede decidir libremente qué contrata, sino que debe justificar por qué motivo contrata acreditando la concreta necesidad que debe cubrir. Por otra parte, la Administración Pública, cuando contrata a una empresa privada, no puede decidir libremente a quien contrata (como sí lo puede hacer cualquier particular o empresa privada), sino que debe seguir un procedimiento que garantice que contrata a la opción más ventajosa para el interés general, es decir, que consigue la mejor asignación de los recursos públicos (mejor producto y mejor precio).

V.3. Ordenamiento regulatorio internacional de los contratos públicos.

V.3.1. Acuerdo sobre Contratación Pública OMC.

La cuestión de la contratación pública fue omitida cuando nació la regulación de los más importantes instrumentos comerciales multilaterales cuya finalidad era allanar el acceso a los mercados. Así en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercial de 1947, fue dejado de lado expresamente en cuanto a la obligación esencial de conceder trato nacional. Por consiguiente, los contratos quedaron excluidos de los principales acuerdos sobre el comercio de servicios, por

¹³³ MEILAN GIL, José Luis. Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación, Revista General de Derecho Administrativo, n°48, Iustel, Mayo de 2018.

lo que desde el inicio se notó esta especie de laguna en cuanto al sistema de contratación multilateral. La necesidad de llenar esa laguna fue motivo de las negociaciones comerciales de la ronda de Tokio, firmándose en 1979 el primer Acuerdo sobre Compras del Sector Público, que comenzó a regir en 1981, modificándose en 1987, teniendo vigor y modificado desde 1988. El Acuerdo hoy vigente se firmó en Marrakech, obra en el Anexo 4 , siendo uno de los acuerdo plurilaterales, por el que se establece la OMC, que entró en vigencia el 01/01/1996, pero no todos los miembros de la Organización están obligados por él, tal es así que ningún país iberoamericano está obligado por el Acuerdo.

Este Acuerdo contiene un marco convenido de derechos y obligaciones entre sus partes respecto a sus leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera que dispone la contratación. Uno de sus principios esenciales es el de no discriminación. Respecto de los contratos incluidos en el Acuerdo, las partes tienen que conceder a los productos, servicios, y proveedores de las demás partes en el Acuerdo un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios productos, servicios y proveedores nacionales; las partes no pueden discriminar entre los productos, servicios y proveedores de otras partes; cada parte tiene que garantizar que sus entidades no den a un proveedor establecido en un territorio, un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, que en virtud del grado, de ser filial o propiedad de extranjeros; y que sus entidades no ejerzan discriminación por razón del país de producción del bien o servicio, contra proveedores establecidos en su territorio.

Se prohíbe en el Acuerdo la utilización de compensaciones tendientes a fomentar el país o mejorar la situación de su balanza de pagos, mediante prescripciones relativas al contenido nacional, las licencias para utilizar tecnología, las inversiones, el comercio de compensación u otras análogas. Sí está permitido que al momento de su adhesión, los países en desarrollo pueden negociar condiciones para la utilización de compensaciones, siempre que sean utilizadas solo para calificar para participar en el proceso de calificación para participar en el proceso de contratación, pero no para la adjudicación de contratos. Como modo de aseguramiento de respeto y aplicación del principio de no discriminación, así como

que los productos, servicios y proveedores extranjeros tengan acceso a los contratos, el Acuerdo hace expresa mención de los procedimientos que garantizan la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública. Es obligación general la publicación de las leyes, reglamentos, resoluciones administrativas y decisiones judiciales de aplicación general, y los procedimientos relativos a los contratos públicos comprendidos en el Acuerdo.

Se basa el Acuerdo en una aplicación de lista positiva, o sea, de inclusiones, para determinar el ámbito de aplicación. Las entidades que se detallan en los anexos están sujetas a las disposiciones del Acuerdo para sus compras de bienes y servicios si el valor de la compra sobrepasa un umbral determinado y si los bienes y servicios objeto de la compra no están exentas de la cobertura del acuerdo. Existen notas generales que obran al final de la mayoría de las listas de las partes, que determinan muchas exenciones.

Está autorizado eximir de las obligaciones del Acuerdo a los países en desarrollo en ciertas situaciones y por cuestiones no económicas, como para proteger los intereses de la seguridad nacional, la moral, el orden o la seguridad públicos, la vida y salud humana, animal y vegetal, la propiedad intelectual, entre otros.

El Acuerdo establece varias obligaciones detalladas de procedimiento que las entidades contratantes deben cumplir para asegurar la aplicación concreta de sus principios básicos; se disponen así buenas prácticas reconocidas en el ámbito de la contratación pública, cuyo objetivo es asegurar la eficiencia y una buena relación entre la calidad y el precio, y en el marco del ACP tienen utilidad además para garantizar que el acceso a los contratos abarcados sea abierto, otorgándose las mismas oportunidades de competencia a los productos y proveedores nacionales que a los extranjeros.

Se dispone que con antelación al inicio de la licitación, las partes publiquen una invitación a participar, como una especie de aviso de licitación, en una publicación accesible a todos, con la finalidad de informar a todos los proveedores interesados acerca de la posibilidad de concertar un contrato y tener conocimiento de sus condiciones y circunstancias pertinentes. El acuerdo autoriza las licitaciones

públicas, selectivas o restringidas, siempre que el procedimiento elegido sea compatible con las disposiciones establecidas en los artículos VII a XVI, supuestos que son asimilables a los procedimientos abiertos, restringido y negociado de las directivas comunitarias europeas.

Este Acuerdo fue luego modificado por una revisión efectuada por los negociadores, siendo provisional por estar sujeta a un control legal, y a un resultado mutuamente satisfactorio del otro aspecto de las negociaciones relativas a un nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública, o sea, la ampliación de la cobertura, es decir, las esferas de actividad comercial de los gobiernos abiertas a la competencia internacional.

El texto revisado significa una modificación profunda de las disposiciones tendientes a su más fácil aplicación y utilización, actualizándose las normativas para tener en cuenta la evolución de las prácticas actuales de contratación pública, especialmente el rol de los procesos electrónicos en los sistemas de contratación. Se abreviaron los plazos para la contratación de bienes y servicios de un tipo que esté disponible en el mercado comercial; se clarificó el tratamiento especial y diferenciado de los países en desarrollo con la finalidad de posibilitar y facilitar sus futuras adhesiones; se definieron cuestiones importantes respecto a los procedimientos nacionales de recursos para las impugnaciones presentadas por los proveedores, como las reglas para modificar las listas de cobertura de las partes, incluyendo la adopción de procedimientos de arbitraje para resolver las diferencias. Se determinó que se debe utilizar el nuevo texto del ACP como base para las negociaciones con los países que deseen adherirse, habiéndose iniciado esas negociaciones con ocho miembros de la OMC (Albania, Georgia, Jordania, República Kirguisa, Moldova, Omán, Panamá y Taipei Chino), además de China que manifestó su intención de comenzar las negociaciones.

El aspecto problemático del Acuerdo es que sólo tiene aplicación para un número limitado de contratos que ostenten una importante cuantía económica, apareciendo las obligaciones que establece, muy tenues. Comparando lo referido con la regulación comunitaria europea sobre los contratos públicos, esta última resulta mucho más exigente y exhaustiva.

El Consejo de la UE mediante Decisión 94/800/CEE aprobó el Acuerdo sobre Contratación Pública, cuya finalidad es lograr la expansión y liberalización del comercio mundial a través de la institucionalización de una regulación de la contratación pública, mediante normas que establecieran derechos y obligaciones multilaterales equilibradas. El Acuerdo integra desde ese momento, el ordenamiento jurídico comunitario europeo, rigiendo tanto a las instituciones de la Comunidad como a los Estados miembros. Como en algunos aspectos, el Acuerdo sobre Contratación Pública preveía condiciones de acceso a los contratos públicos en el interior de la comunidad, más favorables para los licitadores y productos de terceros países, que las previstas por las directivas comunitarias sobre contratos de obras y suministros, se modificaron las Directivas comunitarias sobre contratos (93/36, 93/37 y 92/50/CEE) por medio de la Directiva 97/52/CE, que tuvo como finalidad principal la asunción de compromisos internacionales que para la Comunidad Europea se derivaban de los acuerdos resultantes de negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986/1994).

V.3.2. Ley Modelo sobre Contratación Pública ONU:

Por Resolución 66/965 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 2011, fue aprobada la denominada “Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Pública”.

Es importante destacar los aspectos esenciales de las consideraciones que realizó la Asamblea General de la ONU cuando dictó dicha Resolución 66/965. Sostuvo que pese al amplio reconocimiento del valor de la Ley Modelo de 1994, han surgido, desde su aprobación, cuestiones y prácticas nuevas que han justificado la revisión de su texto. Reconoció que la Comisión convino en que cabría actualizar dicha Ley Modelo de 1994, con objeto de tener en cuenta las nuevas prácticas, en particular las resultantes del uso de las comunicaciones electrónicas en las operaciones de contratación pública, y la experiencia adquirida por los estados al utilizar esa Ley Modelo, como base para sus reformas legislativas. Se observó que la reforma tendía a un régimen que resultara aceptable para estados con diferentes sistemas jurídicos,

sociales y económicos, esperando que contribuya a establecer un marco jurídico armonizado y moderno para las operaciones de contratación pública que promueva la economía, la eficiencia y la competencia en la contratación, y que al mismo tiempo fomente la integridad, la confianza, la equidad y la transparencia en el proceso de adjudicación. En virtud de tales fundamentos y otros datos, se recomienda a todos los estados que utilicen la ley Modelo al evaluar sus sistemas jurídicos de contratación pública y que presten la debida atención a las disposiciones de la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus legislaciones en la materia .

El modelo que estoy tratando tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países, con la intención de reexaminar y modernizar su régimen, así como incorporar prácticas actuales de la contratación pública o para instituir un régimen legal en esta materia, en caso de no disponer de uno vigente. Los principios basales del sistema son los de transparencia y no discriminación. El modelo está principalmente dirigido hacia los países en vías de desarrollo, o cuyas economía estén en transición, para que puedan aplicarlo en la gran masa de la contratación que está en manos del sector público y donde muchos de los contratos proyectados y ejecutados forman parte de los programas de desarrollo o de transición de esos mismos países. Asimismo la ley modelo permite a los estados que la asimilen, evitar los cuestionamientos que perjudican a las contrataciones del comercial internacional, superando inconvenientes de un régimen legal interno inadecuado u obsoleto, por otro que supere dichas divergencias.

Cabe destacar que la ley modelo no tiene naturaleza imperativa, ni aspira a convertirse en un tratado de aplicación obligatoria, sino que desde el punto de vista jurídico formal, es un ejemplo o instrumento destinado a lograr bases homogéneas en materia de contratación pública, que pudieran servir a todos los países que por distintos motivos, no tienen un régimen jurídico vigente sobre tal aspecto, o soportan un sistema legal inapropiado.

En su contenido, la ley modelo intenta desarrollar los umbrales mínimos esenciales que deben sostener y estructurar un sistema jurídico actualizado de contratación pública. Su principal finalidad es potenciar la competitividad en todo

proceso de contratación, otorgar un trato equitativo a los contratistas que participen de un concurso público de contratación, incrementando la objetividad y transparencia. El modelo de ley se limita a las etapas preparatorias y de adjudicación de los contratos públicos, no alcanzando a toda la importante etapa referida a la ejecución de los contratos, donde también se producen actos de corrupción y entuertos de mucha entidad y cuantía. Esto desconoce el principio de transversalidad de las reglas de la contratación pública, que deben comprender a todas las etapas y fases de la misma.

Por otra parte, la ley modelo comprende los contratos efectuados por la administración pública y otras entidades o empresas del sector público, regulando la contratación de bienes y de obras.

La ley modelo contiene procedimientos y principios cuya finalidad es permitir el uso óptimo de los recursos y erradicar los abusos y corruptelas en el proceso de adjudicación. Promueve la objetividad, equidad, participación, así como la competencia e integridad para el cumplimiento de tales objetivos. Trasluce la transparencia como un principio clave que permite confirmar el cumplimiento real de los procedimientos y principios.

La ley en trato permite a las autoridades gubernativas adjudicadoras utilizar las técnicas comerciales modernas, como la contratación pública electrónica y los acuerdos marco, para maximizar el uso de los recursos en la contratación; contiene procedimientos aplicables a los trámites de contratación normales, urgentes o de emergencia, sencillos y de baja cuantía, así como a proyectos complejos y de mayor envergadura, con relación a los cuales los gobiernos pueden interactuar con los posibles proveedores y contratistas para promover la competencia y la objetividad. Todas las decisiones y medidas adoptadas en el proceso de contratación, pueden ser impugnadas por los posibles proveedores. Aunque el ente gubernamental tiene facultades discrecionales para decidir qué adquirir y como proceder en el trámite de la contratación pública, esas facultades están limitadas por exigencias que son compatibles con otras normas internacionales, especialmente con las de la Convención de las Naciones Unidas para la corrupción.

La misma ley modelo permite el fomento del desarrollo económico mediante el apoyo a las PYME del país que adopte sus normas, por supuesto que en concordancia con los compromisos internacionales asumidos por el gobierno respectivo. La elaboración de las normas de esa ley modelo tuvieron la finalidad de armonizar las normas internacionales en materia de contratación pública, teniendo presente las disposiciones del Acuerdo sobre Contrataciones Públicas de la OMC, así como las Directivas de la Unión Europea sobre Contratación Pública y recursos judiciales, y también la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, las normas del Banco Mundial sobre adquisiciones y sobre los consultores, y los equivalentes de otras instituciones financieras internacionales.

La Ley Modelo procura trazar los umbrales mínimos esenciales que deben caracterizar un régimen moderno de contratación pública, siendo sus finalidades principales desarrollar al máximo la competitividad en el proceso de contratación, dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y objetividad. Circunscribe su aplicación a las fases preparatorias y de adjudicación de los contratos públicos, quedando excluido lo atinente a la ejecución, modificación y cancelación de la contratación pública.

La Ley Modelo tiene como campo de aplicación a la contratación efectuada por dependencias de la administración pública y otras entidades o empresas del sector público (art. 2), regulando la contratación pública de bienes y obras.

A modo de resumen general, puedo reseñar que de los 69 artículos que tiene la Ley Modelo, 48 de ellos tratan del proceso de la contratación como una cuestión de derecho. Entre ellas, la utilización de la licitación como procedimiento predilecto de compras públicas; la posibilidad de que participe un solo proveedor en el proceso de licitación; plantea la opción de reconsideración y apelación; y además, las características con las que debe contar el proveedor o contratista para participar en los procesos de licitación, como la idoneidad, experiencia, reputación, fiabilidad y competencia profesional y empresarial; el grado de participación de proveedores y contratistas locales, incluyendo el uso de las nuevas tecnologías, entre otras. El instrumento no posee carácter vinculante y contiene procedimientos y principios

cuya finalidad es lograr el uso óptimo de los recursos y evitar irregularidades en el proceso de adjudicación de proyectos de compras públicas. El texto promueve la objetividad, la equidad y la participación, así como la competencia y la integridad; para cumplir esos objetivos, la Ley Modelo aboga por procedimientos de contratación pública basados en el principio de la competencia mediante licitaciones abiertas. La Ley Modelo establece diez métodos de licitación, incluyendo la subasta inversa electrónica¹³⁴; asimismo promueve la disposición de un modo de publicación centralizado de fácil acceso y la promulgación de un código de conducta para el personal encargado de las compras públicas. En materia de desastres o emergencia, la Ley Modelo establece la necesidad de recurrir a la licitación abierta o a cualquier otro método competitivo de contratación.

V.3.3. Cuarta generación de Directivas Europeas en materia de contratación pública:

El marco completo normativo fue explicitado en el Punto VI.2.1.j) de esta tesis. Sin embargo creo conveniente recordar que la Unión Europea ha aprobado tres Directivas sobre contratación pública:

– Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

– Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

– Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Se trata de tres Directivas materiales, ya que regulan la contratación pública bien con carácter general (Directiva 2014/24/UE), sobre sectores específicos (Directiva 2014/25/UE) o sobre concesiones (Directiva 2014/23/UE).

¹³⁴ Artículo 27: licitación abierta, licitación restringida, solicitud de cotizaciones, solicitud de propuestas sin negociación, licitación en dos etapas, solicitud de propuestas con diálogo, solicitud de propuestas con negociación consecutiva, negociación competitiva, subasta electrónica inversa y contratación con un solo proveedor

Puedo identificar los principios y las finalidades esenciales de la Directiva 2014/24/UE.

Se refiere a los principios de la contratación, en su artículo 8.1, que dice así:

“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”.

La transparencia, unida a la publicidad, recibe un gran impulso, dado que sólo una contratación pública transparente garantiza un mercado interior efectivo en el seno de la UE. Así también reviste relevancia el principio de competencia, que pasa a ser la piedra angular de la contratación, puesto que sin competencia o con competencia falseada no hay contratación que pueda ser reputada como válida.

Medidas de transparencia vienen recogidas en diversos artículos de la Directiva, pudiendo destacarse especialmente los artículos 48-55 de la Sección 2, sobre “Publicación y transparencia”, de la que puede resaltarse aquí el artículo 55, referido a la información a los candidatos y licitadores. La transparencia también resulta reflejada en el derecho de todos los posibles licitadores y candidatos a tener la información más completa sobre el contrato desde el principio, y también en la ejecución, donde cabe resaltar el nuevo régimen sobre modificaciones contractuales.

El principio de integridad constituye otra de las columnas de este edificio normativo de la Directiva en tratamiento, que determina distintas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública, un objetivo fundamental en la actualidad del derecho administrativo global sobre la contratación pública, para cuya mejor realización se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia.

En tal sentido se regulan los denominados conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas y las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

Por otra parte, las Directivas persiguen potenciar la innovación y mejorar la participación de las PYME en la contratación pública.

Además, la UE es consciente de la enorme potencialidad de la contratación pública en relación con otros objetivos como son el empleo y el medio ambiente.

Por lo que se refiere a las directivas de recursos en los procedimientos de contratación, en la actualidad están vigentes la Directiva 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales. Ambas normas fueron modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Consejo y el Parlamento Europeo.

A pesar de la vigencia de todas estas normas, los mercados de contratación pública en la Unión siguen siendo de ámbito más nacional que europeo: más del 98 % de los contratos adjudicados con arreglo a las directivas europeas fueron a licitadores nacionales (aproximadamente el 96 % del valor total)¹³⁵.

Por ello, las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014 pretenden simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea.

Dice Moreno Molina¹³⁶ que la Unión Europea a través de sus instituciones, comenzó su actividad en relación con las compras públicas en los años 70 y ha ido cada vez adquiriendo más y más importancia tanto política, jurídica y social como

¹³⁵ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, pág. 3).

¹³⁶ MORENO MOLINA, José Antonio. Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español, Ponencia del 16/04/2015, Gabilex, Número extraordinario Mayo 2015, ps. 331-333.

económica, teniendo como principal objetivo la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario. Se basa en los principios fundamentales consagrados en el Derecho originario de la Unión Europea de igualdad de trato, convocatoria de licitaciones transparente y no discriminatoria, reconocimiento mutuo y lucha contra el fraude y la corrupción. Agrega este profesor, que en nuestros días se aprecia una notable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos en los diferentes ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, impulsada por la aprobación de toda una serie de directivas comunitarias que pretenden garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. Los valores que defiende la legislación sobre contratos para la Unión Europea son los relacionados con la garantía de la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales.

Los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias.

Se puede sostener que la Directiva 2014/24/UE tiene dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

La misma Directiva estimula la necesidad de simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico, a través de procedimientos más racionales y eficientes incrementando la flexibilidad para los poderes adjudicadores, beneficiando a todos los operadores económicos y facilitando la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. La mejora de las normas sobre contratación pública permite asimismo que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación. En la elaboración de la nueva directiva sobre contratación ha desarrollado un papel muy relevante el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio cuyo nuevo texto consensuado a finales de 2011 constituyó la base para la directiva europea.

Por su parte, en el marco de las Naciones Unidas la llamada Ley Modelo sobre Contratación Pública en Materia de Bienes, Obras y Servicios, un texto que se aprobó en 1993, que está en constante revisión y actualización, y que fue elaborado en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, también la influencia de las directivas de la UE en materia de contratación es obvia: en realidad, este texto está diseñado como modelo en el que puedan inspirarse los países que no dispongan de regulación en materia de contratación pública o, en su caso, para actuar como derecho supletorio. Es evidente que los principios están muy presentes en este modelo, especialmente los de transparencia, objetividad y equidad¹³⁷.

Entrando a destacar aspectos innovadores de la Directiva que analizo, señalo la contemplada en su artículo 40, consiste en que, antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores pueden realizar consultas del mercado a fin de evaluar su estructura y su capacidad e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores pueden solicitar o aceptar el asesoramiento de estructuras de apoyo administrativo o de terceras partes o participantes en el mercado, pero siempre que

¹³⁷ RODRÍGUEZ –ARANA, Jaime. Los principios del derecho global en la contratación administrativa, Derecho PUCP, n° 66, 2011 ISSN 0251-3420, p. 45.

dicho asesoramiento no impida la competencia y no dé lugar a infracciones de los principios de no discriminación y transparencia.

Resalto en este aspecto también, la introducción por la Directiva, de las medidas de gobernanza en los contratos públicos, que obliga a los Estados miembros a establecer estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar y llevar a cabo los procedimientos de contratación. Para reforzar la lucha contra la corrupción y el favoritismo, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados al organismo de supervisión, que podrá así examinar estos contratos a fin de detectar pautas sospechosas, y de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos.

Significa un fuerte rasgo innovador, que frente a la debilidad de la Directiva 2004/18, la nueva Directiva 2014/24/UE, disponga la obligación de utilización de medios electrónicos por parte de los Estados, en el plazo de 30 meses desde su entrada en vigencia. Dispone el artículo 23.1 de la nueva norma que los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes.

La Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea (SEC 2010, 1214), con la finalidad de impulsar la utilización de las TIC a fin de lograr una contratación pública más eficaz en todo el mercado único, al tiempo que avanzar hacia una revisión coordinada y global del actual marco de contratación pública de la UE. Entre las ventajas que acarrea la utilización de la contratación electrónica, con amplitud y en la práctica, ellas cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia, ya que permite mejorar el acceso de las empresas a la contratación pública gracias a la automatización y centralización del flujo de información sobre las oportunidades de licitación concretas; también otorga ventajas en relación con los procedimientos concretos, frente a los sistemas basados en el soporte de papel,

la contratación electrónica puede contribuir a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación, lo que en las actuales circunstancias económicas podría tener una acogida muy favorable ya que aumentaría al máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados; y también supone ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación cuando existan centrales de compras, el recurso a los procedimientos electrónicos podrá contribuir a la centralización de las tareas administrativas de contratación más onerosas y al logro de economías de escala en términos de gestión; y un aspecto potencial de cara a la integración de los mercados de contratación en la UE, dado que en un entorno caracterizado por la utilización del soporte de papel, la falta de información y los problemas asociados a la presentación de ofertas en relación con contratos que van a adjudicarse a cierta distancia del lugar de establecimiento de la propia empresa pueden limitar el número de proveedores que compitan en determinadas licitaciones o disuadirlos totalmente de participar en ellas. Potencialmente la contratación electrónica tiene la ventaja de acortar esas distancias, salvar las deficiencias en materia de información y fomentar una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores y la eventual ampliación de los mercados. Las economías concretadas a través de la contratación electrónica, derivan de las condiciones ventajosas que se presentan para obtener los insumos de los servicios públicos, lo que surge de las prácticas que se desarrollan para lograr la disminución del gasto público.

Dentro del aspecto innovativo que estoy desarrollando, se puede incluir a las nuevas técnicas para la contratación electrónica y agregada, dado que la Directiva 2014/24/UE tiene como objetivo reforzar las técnicas que permiten la contratación agregada, a las que se agrupan con las técnicas y herramientas para la contratación electrónica. Debe diferenciarse los objetivos y regulación de unas y otras, pero la norma los une porque en todos ellos prevé la utilización de medios electrónicos. En este sentido, el capítulo II del título II de la nueva Directiva lleva por rúbrica "Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada" y regula seis figuras específicas : los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las

subastas electrónicas, los catálogos electrónicos, las centrales de compras y la contratación conjunta.

La principal novedad frente a la Directiva 2004/18/CE es el desarrollo normativo de la contratación conjunta entre poderes adjudicadores. Además, se ha mejorado y aclarado la regulación de los acuerdos marco y las centrales de compra y se desarrolla "in extenso" la figura de los catálogos electrónicos. Las ventajas de la utilización de estas técnicas y herramientas va más allá de los importantes beneficios para los poderes adjudicadores y licitadores de apostar por los medios electrónicos, ya que permiten la agregación de la demanda por los compradores públicos, con el fin de obtener economías de escala, así como la reducción de los precios y de los costes de transacción. Un último aspecto destacable es la profesionalización de la gestión de la contratación.

-Las relaciones entre poder adjudicadores: contratos "in house" y convenios de colaboración.

La Directiva 2014/24/UE en su artículo 12 bajo el título "Contratos entre entidades del sector público, establece las condiciones exigibles referentes a los contratos in house, como los convenios de colaboración, cuya fuente es la jurisprudencia comunitaria. La finalidad de esta regulación es brindar certidumbre en dos materias que fueron tratadas divergentemente por algunos Estados Miembros de la UE, y distintos poderes adjudicadores, determinando cuales son los supuestos en los cuales los contratos suscritos entre poderes adjudicadores están excluidos de la vigencia de las normas de la contratación pública. En ese sentido, los contratos que fueran adjudicados a entidades controladas o a la ejecución conjunta mediante la cooperación en tareas de servicio público de los poderes adjudicadores participantes, quedan excluidas solamente si concurren las condiciones que exige la Directiva, con el objetivo de garantizar que la cooperación de los entes públicos excluida de la aplicación de la normativa sobre contratación pública, no signifique el falseamiento de la competencia con los operadores económicos privados, erradicándose además la posibilidad de que se cause algún falseamiento de la

competencia de la participación de un poder adjudicador como licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

La realización de tareas públicas a través de la utilización de elementos propios ocurre asimismo en el caso de la cooperación con otros poderes adjudicadores, habida cuenta que si no importa retribución, o derechos y obligaciones recíprocos, no se puede hablar de la existencia de prestación de servicio público de acuerdo a lo que dispone la regulación normativa europea sobre contratación pública.

La jurisprudencia del TJUE permite que si los poderes adjudicadores cooperan para realizar tareas conjuntas de interés público, puede ello permitir la adjudicación de contratos sin que sea aplicable la mencionada regulación sobre contratación pública, salvo que se hubiera celebrado entre esos poderes adjudicadores, contratos a título oneroso, en cuyo caso, sí serían aplicables tales normas.

La cooperación puede consistir en la supervisión conjunta de una tercera entidad a la que se encomiende la ejecución de la tarea, que se conoce como cooperación vertical institucionalizada; mientras que si la cooperación no implica la intervención de una tercera entidad, se la denomina cooperación horizontal no institucionalizada.

Respecto a la cooperación vertical, existe una significativa jurisprudencia del TJUE, sobre lo que se llama “in house providing” según la cual se puede encargar la prestación de una obra o servicio a un ente instrumental sin que se aplique la normativa sobre contratación pública europea.

Los contratos “in house” constituyen una excepción a la regla general de sometimiento a los procedimientos públicos de todo tipo de contratos celebrados por los poderes adjudicadores. Como declaró el TJUE, para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste, “sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el

ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece”.

No se aplicará pues lo dispuesto en el Derecho comunitario y nacional de la contratación pública en el supuesto de que:1) la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y 2) la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece. El TJUE extendió posteriormente estas soluciones a la cooperación entre entidades públicas, al establecer que los dos criterios fijados en la sentencia originaria (Teckal) pueden reunirlos varios poderes adjudicadores de forma conjunta.

El artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública determina ahora que la parte esencial de la actividad supone al menos el 80% de las actividades de esa persona jurídica y añade un tercer requisito para impedir cualquier tipo de participación privada en la entidad controlada.

Señala así el precepto que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes: “a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador; y c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la

persona jurídica controlada". El apartado 3 del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE prevé que un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica un "control análogo", podrá, no obstante, adjudicar un contrato público sin aplicar la directiva a una persona jurídica que controle conjuntamente con otros poderes adjudicadores, si se cumplen las mismas tres condiciones señaladas anteriormente (control análogo, 80 % de las actividades de esa persona jurídica llevadas a cabo para los poderes adjudicadores que la controlan y que no exista participación privada en la persona jurídica controlada). Pero en este aspecto, para considerar que los poderes adjudicadores ejercen conjuntamente un control sobre una persona jurídica, se exige el cumplimiento de las siguientes condiciones: a) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos; b) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

A la cooperación horizontal, por aplicación de los criterios jurisprudenciales de TJUE que no se le aplicaría el Derecho de la Unión sobre contratos públicos, cuando la cooperación entre entidades públicas tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas siempre que, además, tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público.

En lo atinente a los convenios entre poderes adjudicadores, el apartado 4 de la Directiva 2014/24/UE establece las siguientes condiciones, que deben concurrir conjuntamente, para entender que un acuerdo se considerará contrato público: "a)

que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común; b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.”

La última previsión del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, recogida en su apartado 5, aclara el momento en que debe comprobarse la inexistencia de participación privada a los efectos tanto de la cooperación vertical como horizontal, haciendo referencia al momento de la adjudicación del contrato o de la celebración del acuerdo, siguiendo la jurisprudencia europea. La exclusión de la normativa de contratación pública dejará de aplicarse a partir del momento en que se efectúe cualquier participación privada, con la consecuencia de que deberá convocarse una licitación para la adjudicación de los contratos vigentes a través de los procedimientos de contratación normales. Esta última cooperación puede incluir la supervisión conjunta sobre una tercera entidad que tenga como encargo la ejecución de la tarea, lo que se denomina cooperación vertical institucionalizada; la cooperación también se puede realizar sin la intervención de una entidad nueva o ajena a los poderes adjudicadores que cooperan, denominándose en este caso cooperación horizontal no institucionalizada.

Capítulo 5: Aspectos consustanciales de la contratación pública

Aspectos consustanciales de la contratación pública. Buena gobernanza, buena administración y contratación pública. Implicancias de la contratación pública. Objetivos de la contratación pública.

VI. Aspectos consustanciales de la contratación pública.

VI.1. Buena gobernanza, buena administración y contratación pública: La comunidad internacional no sólo gestiona la democratización de todos los sistemas, el fortalecimiento integral del estado de derecho, y las garantías y respeto de los derechos humanos, sino que actualmente pregona “la buena gobernanza”.

Explica Meilán Gil que el concepto de buena gobernanza y su derivación de buena administración, se nutre de un cambio de los paradigmas en el derecho público y administrativo, en el sentido de que no se los conciba como el derecho del poder o de la administración, sino en la idea del derecho del poder para la libertad, porque se hace posible, mediante el condicionamiento o limitación de aquel¹³⁸. Cita este académico, al art. 103 de la Constitución Española cuando dispone que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, debiéndose entender que la Administración está sometida al Derecho, no sólo a la ley; es poder pero vicarial, sirve pero no determina los intereses generales, ni es titular de ellos, su fin es hacerlos efectivos o garantizar su efectividad en su caso. Por ello sostiene que la buena administración radica en hacer efectivos los intereses generales que le vienen predeterminados a la administración por iniciativa del Gobierno y el aval del Parlamento, y esos intereses generales no responden a bienintencionados principios de Ciencia de la Administración, sino a postulados con fuerza jurídica en un derecho administrativo acorde con el progreso tecnológico y los requerimientos de la profundización democrática¹³⁹. Agrega Meilán Gil que la buena administración es un servicio a los ciudadanos, no el magnánimo ejercicio de una prerrogativa en relación con los administrados, sino un ejercicio de carácter servicial, ínsita en la idea del servicio público prestacional, que responde al sistema constitucional actual, de Estados democráticos, a la importancia de la dignidad de las personas y de los derechos inviolables que le son inherentes, fundamentos del orden político y de la

¹³⁸ MEILAN GIL, José Luis. El paradigma de la buena administración, 2013, AFDUC 17, 2013:1138-039X, p. 235, con cita en la nota 7 al pie relacionada con el concepto de derecho administrativo como un derecho del poder para la libertad, de GONZALEZ NAVARRO, Francisco. Derecho administrativo español, Eunsa, Pamplona, 2ª. Ed. 1993, p. 424.

¹³⁹ Idem, pp. 425-26.

paz social. Indica que el adjetivo “buena” referido a la administración como actividad, posee consciente o inconscientemente una connotación ética, pudiendo llegar a concluir que lo ético en la administración pública coincide con el fin que justifica su existencia, o sea, la realización del derecho teniendo en cuenta que se trata de una actividad humana; agrega que aunque la realización del Derecho que concierne a la administración no agote el alcance de la dimensión ética en la actuación de sus autores, en gran medida el comportamiento conforme a Derecho es síntoma de comportamiento ético, siendo parte de la profesionalidad exigida a los servidores públicos que por eso deben tener una continua formación¹⁴⁰. Aclara que la buena administración no se reduce al buen comportamiento de las personas, sino que es aplicable también a la administración como organización.

En forma similar se pronuncia Rodríguez Arana entendiendo que el derecho administrativo actual del estado social y democrático de derecho es un derecho del poder público para la libertad, un ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas tienen que estar orientadas al servicio objetivo del interés general como lo proclama el art. 103 de la Constitución Española de 1978, quedando para siempre atrás concepciones que hacían derivar del ejercicio del poder o de las prerrogativas del mismo para sostener el sentido y la funcionalidad del derecho administrativo¹⁴¹. Por eso el mismo autor ilustra que la buena administración se puede definir también como la gestión eficiente, eficaz y en pos de la mejor calidad de vida de la ciudadanía, habiéndose dicho al respecto que hoy, el derecho a la buena administración y al buen gobierno, es desde luego, un derecho de los ciudadanos. Como es lógico, en materia de contratación pública, también es aplicable este principio de la buena administración¹⁴².

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 427.

¹⁴¹ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. El derecho fundamental de la persona a la buena administración (Principios y derechos integrantes), 19/02/2017, p. 285. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/El-derecho-fundamental-de-la-persona-a-la-buena-administraci%C3%B3n-JRA.pdf>.

¹⁴² RODRIGUEZ ARANA, Jaime. Los principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo Global, en Derecho Administrativo Iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, RAP, pp. 383-411.

El mismo Meilán Gil diferencia lo que es buen gobierno de lo que constituye buena administración. El Gobierno es el que diseña y determina una política a la cual la administración se debe adecuar, realizando su cometido de modo adecuado a la misma. La administración se convierte en buena manera, en un medio para la realización de las políticas públicas. Según un pronunciamiento de la CE de 1978, la buena administración es la satisfacción de los intereses generales o para ser más precisos, hacer reales y efectivos los derechos fundamentales de las personas, servicios sociales y la mejora de la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo. Y esta diferenciación entre buen gobierno y buena administración lo lleva a realizar lo que él mismo califica como una larga historia, para afirmar que más que una separación orgánica entre Gobierno y Administración, tanto en la doctrina científica, como en la legalidad constitucional, se fue abriendo paso una distinción funcional. El buen gobierno es el que mejor responde a las aspiraciones de la sociedad, siendo su prueba decisiva en el sistema democrático, el apoyo o respaldo que tenga de los electores. El juicio jurídico es inapropiado, porque se trata de opciones de carácter político, vinculadas a posiciones o concepciones ideológicas que responden al pluralismo inherente al sistema democrático, concretándose en políticas públicas que pueden ser analizadas por politólogos, pero no desde la ciencia jurídica, haciendo la salvedad que siempre se debe comprobar el respeto a la Constitución. La buena administración tiene un ámbito acotado por esas políticas públicas con el sometimiento pleno a la ley y al Derecho¹⁴³.

Puede sostenerse que toda reforma administrativa que tiende a hacer realidad el paradigma de la buena administración, ha de insertarse en el ordenamiento jurídico, desde el que puede razonarse la idoneidad de la organización, de las formas de actuación y la regulación del régimen de los agentes para la realización de las políticas públicas, sin que exista una mezcla inapropiada de aproximaciones científicas diferentes¹⁴⁴.

¹⁴³ Ob. cit nota 138, p. 240.

¹⁴⁴ MEILAN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 13, n. 54 out.-dez. 2013, p. 16. file:///C:/Users/ROLAND~1/AppData/Local/Temp/111-471-1-PB.pdf

La expresión buena administración hace tiempo dejó de ser una mera manifestación programática, para convertirse en un derecho fundamental, como surge claramente del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Se trata no sólo de derechos subjetivos, sino que consiste en que toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y órganos de la UE traten sus asuntos imparcial y equitativamente, en un plazo razonable. Esa expresión tiene un sentido altamente garantista que se vincula con los apartados siguientes de dicha Carta, derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte una medida individual que le afecte desfavorablemente, a acceder al expediente que le concierna, la obligación de la administración de motivar sus decisiones, la posibilidad de que se repare el daño causado. Ese derecho fundamental de la buena administración tiene aplicación concreta, ya que el artículo 53.2 de la CE dispone que todo ciudadano podrá recabar la tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Como derecho fundamental puede ser recurrido ante el Tribunal Europeo de derechos humanos, en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que refiere a un proceso equitativo¹⁴⁵.

En el mismo sentido dice Rodríguez-Arana que: "...La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en que se constituyó tantas veces el Estado. El problema, como veremos en estas apretadas líneas, reside en intentar construir una concepción más justa y humana del poder, que cómo consecuencia del derecho de los ciudadanos a Gobiernos y Administraciones adecuados, se erijan en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general, tal y como establece categóricamente el artículo 103 de la Constitución española. Un

¹⁴⁵ Ob. cit. nota 138, pp. 245-46.

Derecho cada vez más abierto a la realización continua y creciente de la dignidad del ser humano...”¹⁴⁶. Dice este profesor, que el interés general, que es el interés de toda la sociedad y de quienes la integran, ya no es patrimonio del poder público y no puede ser definido unilateralmente por la Administración. Actualmente, como consecuencia de la proyección de la directriz de participación, el interés general es abierto a la pluralidad de manera tal que el espacio público pueda ser gestionado y administrado teniendo en cuenta la variada y multiforme conformación social. Recuerda que el derecho administrativo es el derecho del poder público para la libertad ciudadana, citando como el que concibió esta idea al jurista malagueño Francisco González Navarro, reivindicando el derecho fundamental de la persona a que el quehacer de las administraciones públicas se realice en el marco objetivo del interés general¹⁴⁷. Subraya Rodríguez Arana que la centralidad del individuo del derecho al buen gobierno y a la buena administración de las políticas públicas, ya que entiende que a cada persona en concreto la administración le debe promover las condiciones para que ejerza para que ejerza con mayor hondura y calidad, sus libertades¹⁴⁸.

Pero esa postura garantista de la buena administración, no es suficiente, ya que también se le exige que actúe de acuerdo al principio de eficacia (artículo 103.1 de la CE), aplicando criterios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público (artículo 31 de la CE), criterios que tienen naturaleza normativa, incidiendo en la actuación de la administración, no sólo en lo que es susceptible de control judicial, sino también en los procedimientos utilizados. La buena administración exige además, adecuadas estructuras, organizaciones y procedimientos, de manera tal, de poder cumplir efectiva y eficazmente su prestación servicial. El procedimiento no se limita a procurar seguridad jurídica, o evitar sólo la arbitrariedad de la administración, que no es poco, sino que los ciudadanos aspiran a que el ejercicio de sus derechos y actividades no se entorpezca por la observancia de un procedimiento inadecuadamente formulado. Tiene que ser

¹⁴⁶ Ob cit. nota 141, p. 286.

¹⁴⁷ ídem, p. 287.

¹⁴⁸ íbidem, p. 298.

un medio para hacer realidad la buena administración, como un deber que enlaza con el derecho al procedimiento administrativo debido; desde esta perspectiva debe contemplarse el nuevo modo de administrar en la era de Internet, con nuevos modos de notificación, identificación, archivo y métodos de seguridad, toda una revolución que precisa una cultura democrática, respondiendo a estas finalidades los nuevos programas de reforma administrativa actuales¹⁴⁹.

Señala Rodríguez Arana que en materia de contratación pública, no debemos perder de vista que las obras o servicios públicos sujetos a las licitaciones han de ser realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente, porque los fondos públicos que van a financiar dichas actividades son públicos, por ello los ciudadanos tienen derecho a recibir obras y servicios de interés general, que permitan una mejor condición de vida para todos; ejemplificando que se trata de facilitar a los ciudadanos los servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes, para ello, las administraciones en la contratación pública deben gestionar como operadores del interés general en cuestión, habiendo traído el derecho administrativo de la UE la idea de que en este campo, al manejarse fondos públicos, ha de buscarse siempre la empresa que esté en mejores condiciones de llevar a cabo la obra, prestar el servicio o el suministro de que se trate¹⁵⁰.

Es importante en este tema además, reconocer la operatividad efectiva de principios que están contenidos en leyes con finalidades programáticas, que suponen la integración de los principios de la ciencia de la administración con el ordenamiento jurídico, como son los casos de la eficacia, eficiencia, economía, proporcionalidad, transparencia, accesibilidad, simplicidad y otros que se erigen en criterios de actuación en múltiples sectores. Esto es muy extenso de desarrollar, pero creo ilustrativo decir que uno de los retos del derecho administrativo actual es incorporar esos principios que vinculan a los atributos de la administración en su actividad servicial de los intereses generales, haciéndolos operativos, de manera tal que puedan ser objeto de revisión judicial.

¹⁴⁹ idem, ob. cit. nota 143, p. 25.

¹⁵⁰ ob. cit. de la revista PUCP, p. 42 y p. 58, respectivamente.

Podemos resumir a esta nueva Gobernanza como el modelo óptimo para adquirir bienes y servicios por parte de los poderes públicos, en el que la transparencia, la nueva gestión la prevención con control de cumplimiento y la rendición de cuentas son sus instrumentos.

Es igualmente importante, que los funcionarios o empleados públicos profesionales y técnicos responsables de las contrataciones públicas, sean incorporados mediante procedimientos de concursos públicos y abiertos, tengan independencia personal y funcional, persigan la misión de lograr una profunda transformación para responder a las nuevas necesidades de la administración y de la gestión pública. En este sentido, considero fundamental que los nuevos funcionarios en todas las áreas del gobierno respeten y hagan respetar la ética pública, la transparencia y la rendición de cuentas. Y además, que estén equipados con las herramientas apropiadas para mejorar la planificación y la gestión y que sus decisiones tengan fundamentos correctos. El mejoramiento de la profesionalidad de la contratación es un elemento esencial para la evolución positiva en esta materia, encontrándose los países dedicando esfuerzos para dotar a los responsables de las contrataciones públicas de los conocimientos adecuados, experiencia y calificación para evitar riesgos para la integridad de la contratación pública.

Esos responsables han comenzado a tomar nuevos conocimientos, no sólo especializados respecto específicamente a la contratación, sino con respecto a la gestión de proyectos y aptitudes de gestión de riesgos. La visión de futuro de la contratación pública es partir de una organización basada en procesos para lanzarse a otra cuya plataforma sea la de los conocimientos. Los responsables de la contratación están pasando de realizar una función transaccional (de adquisición) a otra de gestión.

Uno de los factores de cambio más persuasivos en este sentido es el uso de las tecnologías de la información y comunicación, las que influyen en políticas y prácticas que revolucionan el modo en que se compran productos y servicios; a la par son instrumento central de la promoción de la transparencia en la contratación y en sistemas para que los responsables de éstos y los contratistas **rindan cuentas**,

ofreciendo un acceso fácil y en tiempo real a la información, a nuevas formas entre los postores y los responsables del gobierno, facilitando el control y seguimiento de la información sobre contratación¹⁵¹.

VI.2. Implicancias de la contratación pública.

La contratación pública involucra: 1) La planificación de la adquisición; 2) La selección de los proveedores; 3) La administración, el seguimiento de la ejecución y la conclusión del contrato. Los gobiernos regulan este proceso en función de los objetivos de sus políticas.

En la mayoría de los sistemas de contratación pública, estos objetivos incluyen: 1) Obtener bienes, obras y/o servicios adecuados de una manera eficiente desde el punto de vista económico y en las mejores condiciones posibles; 2) Eliminar las prácticas corruptas; 3) Garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato; 4) Abrir los mercados al comercio internacional. La promoción de políticas socioeconómicas, industriales y medioambientales, incluidas las relacionadas con las empresas propiedad de mujeres, constituye un objetivo secundario importante de los sistemas de contratación pública.

VI.3. Objetivos de la contratación pública.

Completando lo relacionado a los objetivos de la contratación pública, puedo citar la instalación de las condiciones objetivas necesarias para que la competencia respecto a las ofertas y propuestas en las contrataciones públicas, aseguren la adjudicación sin discriminación; así como que no se agote allí el seguimiento y contralor de las que se realicen, sino que se continúen en toda la ejecución de la contratación, incluyendo específicamente los pagos que se realicen y las modificaciones contractuales, hasta llegar a la conclusión definitiva del contrato. Por supuesto que también se debe proteger el criterio economicista del patrimonio público, en el sentido que se tienda a obtener la oferta más conveniente, y el resultado funcional más eficiente y eficaz en la ejecución de la contratación. Desde el plano empresarial, debe asegurarse la igualdad de trato y de posibilidades, el

¹⁵¹ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=578294> Información del libro La integridad en la Contratación Pública: Buenas prácticas de la A a la Z.

libre y mejor acceso al mercado y a las condiciones de las contrataciones; la posibilidad de que puedan arriesgar en sus propuestas con las mejores condiciones de información; y tender a resaltar y proteger todo lo que sea proclive a la competitividad en todas las partes del procedimiento y de las ejecuciones del contrato.

Resulta conveniente en este aspecto, propiciar como elementos coadyuvantes a favorecer prácticas que promuevan la eficacia en la contratación pública: la existencia de un mercado único que generará un crecimiento sostenido a largo plazo, con la consecuente creación de empleo; el fomento del desarrollo de empresas capacitadas para aprovechar las posibilidades que les ofrece el mayor mercado integrado del mundo y para hacer frente a la competencia en los mercados mundiales; permitir al contribuyente y al usuario obtener servicios públicos de mejor calidad a mejor costo¹⁵².

¹⁵² Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde. Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, Bruselas, 27/111/96. COM 896), 583, al final.

Capítulo 6: Sistemas de contrataciones públicas en Argentina y España.

Sistema de contratación pública en Argentina. El futuro reto de un nuevo modelo de modernización del Estado. El marco normativo vigente en Argentina. Los ejes centrales del Decreto Delegado 1023/01. El Decreto 1030/16. Implementación del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, denominado COMPR.AR (Disp. ONC N° 65/16) .Manual de Procedimientos del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Disp. 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones). .Sistemas de contrataciones estatales. Decreto 27/2018 Sistema de contrataciones públicas en España. Morosidad Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses Aspectos medioambientales, sociales y de innovación Ámbito subjetivo. Ámbito objetivo. La contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos. Artículo 347. Plataforma de Contratación del Sector Público.

VII. Sistemas de contrataciones públicas en Argentina y España.

Con la finalidad de explicar lo que considero las características y modalidades de los sistemas de contratación pública de Argentina y España, haré una somera descripción de los aspectos relevantes como para ponderar sus fortalezas y debilidades.

Al analizar las legislaciones y prácticas administrativas nacionales sobre contratación pública en los países de América latina la principal conclusión que se extrae es la similitud de las mismas, que deriva de una normativa adoptada o reformada recientemente en la mayoría de ordenamientos y de unas preocupaciones, retos y objetivos en esta materia comunes a todos los Estados, que coinciden con las españolas y europeas, como son la lucha contra la corrupción y la necesaria modernización de la contratación pública para materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración así como la implantación de medios electrónicos en los procedimientos de compras públicas.

La relativa semejanza de los distintos ordenamientos estatales se explica en razón de que la emergencia de un derecho global de la contratación pública, que se desarrolla y extiende al ritmo del proceso de globalización y apertura comercial, impone que todos los países deben abrir sus mercados nacionales de contratación pública a las empresas extranjeras, para mantener y mejorar su balanza comercial.

La proliferación normativa en el sector ha ocasionado una complejidad creciente de los marcos jurídicos sobre contratación pública, que se ha acrecentado además por la existencia en la actualidad de una gran cantidad de normas aplicables a la contratación pública, muchas específicamente referidas a los contratos administrativos pero también otras disposiciones legales y reglamentarias que afectan a la materia, como son las normas presupuestales y de administración financiera. Por ello, su conocimiento resulta bastante complejo. Pese a que en la actualidad estas normas están publicadas en los portales web públicos de contratación de los distintos países, para los operadores económicos y sociales de la contratación, especialmente las micro, pequeñas y medianas empresas, acceder a la

legislación y reglamentación de la contratación pública puede resultar una labor de mucha dificultad. La seguridad jurídica se ve notablemente afectada por esta situación y con ello también mermada la aplicabilidad de las normas. Ilustrativamente dice sobre esta patología el profesor Rodríguez Arana que: “Las leyes, la legislación, como hemos señalado al inicio de este epígrafe introductorio, tienen mucho que ver con la corrupción. Porque vivimos un mundo en que hay demasiadas normas, en el que la maraña jurídica es tan densa que es muy difícil su cumplimiento, cuando no su conocimiento. Pero en todo caso, es lógico pensar que la legislación deba ser un remedio contra lo injusto en la medida que la ley...debe ser una estructura que controle los intereses privados en nombre del interés general. Sin embargo, cuando la legislación se contempla desde la perspectiva de las relaciones de poder, nos encontramos con la existencia de grupos de presión que tratan a toda costa de condicionar el procedimiento legislativo para imponer sus puntos de vista. Evidentemente, así considerada la ley, no es nada raro que pueda llegar a convertirse en un factor de corrupción como manifestación o expresión de relaciones de poder desiguales”¹⁵³.

Por otra parte, un problema de la máxima importancia es la existencia de un gran número de regímenes especiales que se apartan de la legislación general.

Estos regímenes especiales excluyen a muchas Entidades de la aplicación de los procedimientos públicos de contratación fijados en las leyes generales de compras públicas. En esta situación se encuentran entes que celebran contratos muy importantes para las economías de los países de América latina, como las entidades o empresas públicas petroleras. Esta “huída” de las normas públicas sobre contratación puede ser contraria a los principios constitucionales de legalidad, objetividad e igualdad y, sobre todo, crea una mayor complejidad e inseguridad a los sistemas nacionales de contratación pública. La aprobación en muchos países (a través de normas especiales o por medio de decretos de urgencia) de regímenes de contratación pública distintos al régimen general aprobado por las leyes de las

¹⁵³ RODRIGUEZ –ARANA, Jaime. La Directiva de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción, en Estudios, La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Ed. 2016, p. 54.

contrataciones atenta gravemente contra los principios señalados anteriormente, así como los de transparencia y predictibilidad que deben regir la actuación pública.

Entiendo que esta objeción no comprende a la Directiva 2014/25/UE por a que se mantienen normas específicas de contratación para las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, habida cuenta que precisamente el motivo principal que se expone en el primer considerando de la misma, es que las autoridades nacionales siguen pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión; además, otra razón es el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate. Por consiguiente me parece justificado, como dice el segundo considerando de esa Directiva, que para garantizar la apertura a la competencia de la contratación por entidades que operan en esos sectores, es conveniente elaborar disposiciones de coordinación de la contratación aplicables a los procedimientos para contratos por importes superiores a una determinada cantidad, siendo necesaria la coordinación para garantizar el efecto de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Lo de la huída del derecho administrativo en la administración pública y específicamente en el campo de la contratación administrativa, tiene vieja data, pudiéndose referir que después de siglos de consolidación del Derecho Administrativo, comenzó, en la década de 1980, a aparecer el fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo” (el cual puede encontrar su origen en las políticas neoliberales de la Escuela de Chicago en la década de 1950), que suponía la existencia de una dispersión normativa y una serie de atribuciones genéricas e inconcretas que las normas hacían con respecto a las funciones y competencias que

las empresas públicas iban a poseer, de manera que se favorecía que estas pudieran llevar a cabo todas sus actuaciones dentro del ámbito del Derecho Privado, a pesar de que fueran titulares de auténticas potestades administrativas. Partiendo de esos antecedentes, el uso de la expresión “huida del Derecho Administrativo” hace referencia a las consecuencias que tienen lugar cuando se crean fórmulas organizativas o estructuras dentro del ámbito del derecho público que se rigen en mayor o menor medida por el derecho privado, incluso cuando hablamos de organismos públicos¹⁵⁴.

Según algunos, los campos en que más evidente ocurrió este fenómeno, son la contratación de la administración pública y la función pública¹⁵⁵.

Una importante característica común a las legislaciones nacionales sobre compras públicas en América latina es el reconocimiento expreso de los principios generales que rigen en la materia y que desarrollan cada vez más una decisiva función interpretativa.

Expone Moreno Molina que ante la enorme cantidad de normas legales y reglamentarias que actualmente regulan la contratación pública, los principios generales mencionados se presentan como un elemento unificador. Aportan claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de los contratos, ya que están basados en reglas nacionales de naturaleza constitucional que constituye actualmente el fundamento del derecho público sobre los contratos de las administraciones públicas, caracterizándose por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias¹⁵⁶. En este sentido cita las legislaciones de Perú, Panamá, Ecuador, Honduras, Colombia, Chile. Y también corresponde incluir en este listado meramente enunciativo, a la Argentina, ya que como lo desarrollo más abajo, también en su legislación actual, rigen esos principios.

¹⁵⁴ FERNANDEZ CASTAÑO, Félix y LÓPEZ BELÁSTAGUI, Francisco de Asis. La huída del derecho administrativo en el derecho administrativo español, Rev. Derecho y Cambio Social, 02/01/17, p. 4, www.derechoycambiosocial.com/revista047/LA_HUIDA_DEL_DERECHO_ADMINISTRATIVO.pdf

¹⁵⁵ MANZANARES GONZALES, Pablo. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo, p. 2, www.academia.edu/4712210/Huida_del_derecho_administrativo.

¹⁵⁶ MORENO MOLINA, José Antonio. Principios Generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina, Revista Derecho & Sociedad, n°44, 25/03/2015, ps. 9-10.

VII.1. Sistema de contratación pública en Argentina:

Resulta un objetivo general del régimen jurídico en análisis, la vigencia y aplicación de los principios de transparencia e integridad. Para tratar de poner en la práctica, con efectividad ambos principios, explicaré que es necesario el control preventivo, concomitante y posterior en las contrataciones públicas, así como asegurar una adecuada planificación de las contrataciones. En este sentido lo aconsejó el Simposio y Foro Global de la OCDE sobre la integridad en la Contratación Pública de noviembre de 2006, donde se reivindicó una lista de verificación para aumentar la integridad **en todas las fases de la contratación pública, desde la evaluación de las necesidades, pasando por la gestión de los contratos hasta llegar a los pagos**; esa lista de verificación puede enumerar los componentes claves, es decir, las políticas y herramientas de promoción de la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas en el proceso de contratación pública.

La finalidad de la política de las contrataciones es instalar en ese ámbito, una competencia abierta, real y pujante que no sólo adapte sus formas y exigencias a las empresas para que puedan desarrollar ese espíritu, sino también que sean esas mismas empresas las que se vayan encarrillando en un sistema donde primen los mejores principios y valores en búsqueda de conseguir una ganancia merecida, y que también sea el sector privado un protagonista esencial en este camino. Esto implica que también los entes adjudicadores podrán realizar las opciones sobre las ofertas más ventajosas, entre muchas, buenas y mejores ofertas, todas competitivas. Como veremos, se ha establecido en la Argentina el régimen normativo necesario para poder lograr esas metas. Puede decirse que en una primera evaluación, ese sistema se presenta como respetuoso de la seguridad y a la vez es flexible, resultando importante el afianzamiento que se concreta respecto del principio de transparencia, alentando esperanzas concretas de un mejoramiento en dicho aspecto, siguiendo las recomendaciones de la Oficina de Anticorrupción Argentina, que tiene atribuciones respecto de la inclusión de la temática de la corrupción y sus perniciosas consecuencias en la agenda política y pública del país, siendo la

encargada de diseñar políticas y programas públicos destinados a su prevención. La perspectiva inclusiva lleva a comprender a la transparencia, como una condición necesaria para un buen gobierno¹⁵⁷. Por consiguiente, este nuevo marco impone la actualización y modernización de los sistemas de contrataciones, la puesta en escena de nuevas modalidades de contrataciones que incluyan la licitación electrónica y la asunción de mayores riesgos en la propuesta de las ofertas por parte de los empresarios, así como ya dije el mejoramiento de las capacidades, roles y funciones de los responsables de todo el amplio campo que comienza con la exploración de las necesidades y termina con la conclusión de la ejecución contractual.

a) El futuro reto de un nuevo modelo de modernización del Estado.

La Administración argentina tiene a futuro, el desafío de encontrar un nuevo modo de modernizar el Estado, su estructura y organización, así como los procedimientos administrativos; potenciando la contratación pública poniendo el acento en la dimensión social del hombre y en la necesidad de resolver los problemas comunes que lo afectan en base a un pensamiento dinámico, abierto, plural e integrador. Así, la Administración Pública, bajo el estándar de lo que se conoce a nivel mundial como "Buena Administración", aparece anclada en el ciudadano, sus derechos, necesidades, y participación; no ya en el poder estatal ni administrativo. Se trata de una visión que sitúa en el centro de las relaciones jurídicas públicas a la persona humana, al ciudadano y su desarrollo sostenible y a la promoción de la dignidad del ser humano. El objetivo de esta nueva Administración, de la "Buena Administración", es aspirar a alcanzar una gestión pública de calidad, mejorar en forma real y tangible las condiciones de vida de los ciudadanos, garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas de las personas y del desarrollo sostenible de la comunidad y, fundamentalmente, evitar la cultura del enfrentamiento buscando instrumentos que permitan realizar la conciliación de intereses a través de técnicas de consenso, del diálogo, mediante pactos, acuerdos,

¹⁵⁷ Julio R. COMADIRA, en su obra *La regulación jurídica de la ética pública* (en *Revista de Derecho Público*, Vol. 2002-2, pág. 595), advierte que las conductas desviadas de los funcionarios van normalmente de la mano con las de los particulares.

procedimientos de renegociación, transacciones, mecanismos de conciliación, arbitraje, etc.

El contratante o la empresa han dejado de ser un súbdito, una persona que "no entiende" al funcionario de turno, a quien se la trata de un mal modo, a quien no se le explican los trámites administrativos y a quien en todos los casos corresponda que se le rescinda por culpa el contrato administrativo que lo vincula con la respectiva autoridad pública concedente. En virtud de este supraderecho fundamental que he tratado más arriba, se rescata una noción centrada en los seres humanos en las relaciones jurídico-públicas, el concepto de persona y más específicamente de la persona humana, en sus relaciones ante la Administración Pública.

Es imperativo por consiguiente para el país argentino reconstruir la imagen del sector público frente a sus ciudadanos yendo en búsqueda de una Administración dialógica, abierta, democrática, honesta, austera, transparente, participativa, eficiente, eficaz, diligente en lo económico, responsable en lo fiscal, en la que se racionalicen y optimicen los procedimientos, y componedora de los conflictos que conspiran contra el desarrollo humano y la paz social. La participación necesaria, legítima y efectiva de los ciudadanos debe darse en la solución de los problemas y asuntos de dominio general. Así, se garantiza un gobierno responsable y contralado por los ciudadanos ("accountable governance"). Esto es una obvia consecuencia de los gobiernos abiertos y las buenas administraciones públicas. Los ciudadanos, de esta manera, se ocupan y controlan en forma real, efectiva y continuamente las decisiones que adoptan los servidores públicos.

b) El marco normativo vigente en Argentina

El régimen normativo vigente en Argentina, incluye: Decreto Delegado 1023/2001; Decreto Reglamentario 1030/2016; Ley 13.064 de Obras Públicas; Ley 17.520 de concesión de obras públicas; Ley 23.696 de Reforma del Estado; Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional; Ley 22.460 de Consultoría Jurídica; Ley 24.759 que aprobó la Convención Interamericana contra la corrupción; Ley 25.152 de Administración de Recursos

Públicos; Ley 24.164 de Empleo Público; Ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y Decreto 41/1999, Código de Ética de la Función Pública; Decreto 102/1999 Oficina Anticorrupción; Ley 25.319 de aprobación de la Convención sobre la lucha contra el cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales; la Ley 25.551 de Compre Trabajo Argentino; el Decreto 1545/1994 de Creación de la Oficina Nacional de Contrataciones; la Ley 26.097 que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y la novedad del Decreto 27/2018 denominado de Desburocratización y Simplificación.

c) Los ejes centrales del Decreto Delegado 1023/01

Los aspectos generales y comunes del mencionado régimen de contrataciones públicas, están en el Decreto Delegado 1023/2001, a saber: 1) Los principios generales de la gestión de las contrataciones; 2) Los procedimientos y formalidades aplicables tendientes a la celebración de los contratos; 3) Las facultades, los derechos y las obligaciones de la autoridad administrativa contratante y de los proveedores o contratistas; 4) Las responsabilidades de los funcionarios públicos participantes; 5) Los criterios de selección de la oferta mas conveniente y del contratista o proveedor.

La contratación pública tiene un ámbito de comprensión muy amplio, en razón de que trata de cubrir todos los aspectos y actividades que realiza la administración pública, por lo que son muchas las clases de contratos existentes. Esa multiplicidad y diversidad contractual, acarrea forzosamente un sistema normativo único, uniforme e integral, por lo que existen distintas regulaciones para diferentes contratos. Así se puede reseñar la normativa relacionada con el empleo público (Ley 25.164 y Decretos 1421/2002 y 1184/2001; la de obra pública (Ley 13.064); la de concesión de obra pública (Ley 17.520); la de consultoría pública (Ley 22.460); la de administración financiera y sistemas de control del servicio público (Ley 24.156) que regulan a casi todas las contrataciones; y la de presupuesto (Ley 11.672).

Sin embargo, a pesar de dicha variedad de leyes y decretos que tienen vigencia para contratos diferentes, paralela y simultáneamente, rige en el ámbito nacional, el Decreto Nacional 1030/2016, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que tiene aplicación a todos los contratos que se concreten por dicha administración, con excepción de aquellos que se encuentren expresamente excluidos. El Decreto 1023/2001 dice en sus considerandos que es necesario suprimir los regímenes especiales aprobados por ley, a los efectos de dar uniformidad a los procedimientos de selección que emplean los distintos organismos, eliminándose así la limitación que significa, para la concurrencia de oferentes, la necesidad de conocer cada uno de los regímenes previo a la presentación de la oferta. Ese Decreto fue dictado por el Poder Ejecutivo en razón de la delegación de facultades legislativas del Congreso en el Presidente, por el art. 1° inc. II, apartado e) de la Ley 25.414 que dice dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional solo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía; el Poder Ejecutivo interpretó entonces que el legislador delegó en el Presidente la potestad de dictar el nuevo marco normativo de las contrataciones del Estado, sin embargo ello no surge de la ley transcrita, que no dice nada respecto a las contrataciones estatales.

El Decreto 1030/2016, que resulta subordinado y complementario del mencionado 1023/2001, regula cuestiones más específicas, como la publicidad y difusión de los pliegos de bases y condiciones de las licitaciones, concurso y subasta nacionales y en el exterior; la dinámica y desarrollo de sus respectivos procedimientos así como las distintas formas y maneras de publicar y difundir lo relacionado con las contrataciones. Respecto del certificado fiscal para contratar, dispone que la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) pondra a disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones, la información sobre incumplimientos tributarios y/o previsionales para que las jurisdicciones puedan verificar las condiciones del oferente desde la perspectiva de sus obligaciones fiscales. La Oficina Nacional deberá dictar las normas complementarias necesarias para establecer la forma en que se deberá evaluar la vigencia del certificado fiscal y

cuando corresponderá desestimar o no una oferta por esa causa. Se elimina como medio de notificación al fax, incorporándose el sistema electrónico que habilite dicha Oficina Nacional, para los procedimientos que se gestionen en el mencionado sistema.

El nuevo reglamento prevé que el plan anual de contrataciones podrá ser aprobado por el titular de la Unidad Operativa de Contrataciones o por autoridad competente (art. 8). Se eliminan de los procedimientos de selección del contratista, las contrataciones directas por trámite simplificado (art. 14). Y como se desarrolla en extenso más abajo, como modalidades de la contratación se mantiene las de iniciativa privada, llave en mano, orden de compra abierta, consolidada y acuerdo marco, con los mismos alcances que en el Decreto 892/2013. También se añade el mecanismo de concurso de proyectos integrales para los casos que en función del objeto de la contratación, la jurisdicción o entidad contratante requiera propuestas para obtener la solución más satisfactoria a las necesidades. En cuanto a la prohibición de desdoblamiento, el art. 30 establece como novedad que es necesario que refiera a los mismos bienes o servicios, no alcanzando para cumplir dicha exigencia que se trate de renglones afines.

Se admite la renegociación del contrato en el caso de que sea de suministro sucesivo o de prestación de servicios, donde se podrá solicitar dicha renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual. Es la aplicación de la doctrina de la imprevisión en el ámbito de la contratación pública. Se trata en todas estas modificaciones, de promover mayor eficiencia, transparencia y celeridad en el campo de las contrataciones públicas, ya que apuntan a facilitar y agilizar los procesos de selección de contratistas, propendiendo, al mismo tiempo, a un mayor nivel de concurrencia y claridad.

d) El Decreto 1030/16

El Decreto 1030/2016, derogatorio del anterior vigente 893/2012, tiene como principal diferencia con el antiguo régimen, en que no regula cuestiones netamente procedimentales, sino que las mismas están reguladas en manuales de procedimientos. En definitiva, el Decreto 1030/16 reglamenta, actualiza, modifica y

complementa el Decreto 1023/01, y seguidamente trataré de resumir los aspectos principales de dicha regulación.

Dice Juan Gustavo Corvalán¹⁵⁸ que los cuatro ejes centrales son: 1) Ámbito de aplicación. 2) Orden de prelación. 3) Procedimiento de selección. 4) Contrataciones públicas electrónicas.

Respecto al ámbito de aplicación puedo decir que el art. 2, rige para todos los procedimientos llevados a cabo por las jurisdicciones y entidades del Poder Ejecutivo Nacional comprendidos en el inciso a) del artículo 4° del Decreto Delegado N°1023/2001 y sus modificaciones, integrado por la Administración central, los organismos descentralizados, incluidas las universidades nacionales y las instituciones de seguridad social, siempre que tengan por objeto el perfeccionamiento de los contratos comprendidos en el inciso a) del Decreto Delegado mencionado; comprende pues a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas y concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y los entes comprendidos en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente. Están expresamente incluidas las universidades nacionales.

Resultan excluidos de dicha norma de acuerdo al art. 3 del mencionado Decreto, los contratos de empleo público, de compras por caja chica y por el Régimen de Fondos Rotatorios, los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos; los comprendidos en operaciones de créditos públicos; de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias; los actos, operaciones y contratos sobre bienes inmuebles que celebre la AGENCIA DE ADMINISTRACION DE BIENES DEL ESTADO, organismo dependiente de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, en ejercicio de las competencias específicas atribuidas por el Decreto N° 1382/2012. Por este Decreto

¹⁵⁸ Contrataciones públicas: Decreto 1030/16, cita on line Thomson Reuters AP/DOC/1357/2016, Punto II.

se crea la referida Agencia; en sus considerandos se dice que: "...resulta necesaria la creación de un organismo descentralizado, en el ámbito de la Jefatura de Ministros, que tenga a su cargo la ejecución de las políticas, normas y procedimiento que rigen la disposición y administración y disposición de los inmuebles del Estado en uso, concesionados y/o desafectados, llevando el registro pertinente de los mismos"; por el artículo 1° del Decreto 1382/12 se crea como organismo descentralizado, con autarquía económica financiera, en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, la citada Agencia, con personería jurídica propia, con capacidad para actuar en el ámbito del derecho público y privado, ejerciendo las facultades establecidas por los arts. 51 y 53 del Decreto Ley N°23.354/56, texto vigente según Ley 18.142. Por el artículo 6° del mismo Decreto 1382/12 se determina como objetivos de la Agencia, la ejecución de las políticas, normas y procedimientos respecto de la utilización y disposición de los bienes inmuebles del Estado Nacional, interviniendo en toda medida de gestión que implica la celebración, y sea a título gratuito u oneroso de los actos que detalla con relación a inmuebles estatales, incluyendo los de adquisición, enajenación, constitución, transferencia modificación o extinción de otros derechos reales o personales. Es evidente que por este Decreto se creó un ente descentralizado autárquico, por razones funcionales¹⁵⁹ con facultades específicas de administrar y disponer de los bienes inmuebles del Estado Nacional Argentino.

El sistema de contrataciones públicas resulta de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entes comprendidos en el art. 8) inc. a) de la Ley 24.156 de Administración Financiera, como dijera, y no abarca ni alcanza a las Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Municipios ni otros organismos que tengan un régimen especial como AFIP y PAMI. Tampoco están alcanzados por el Decreto referido, las empresas y sociedades del estado, fondos fiduciarios con participación estatal, entidades financieras del sector público nacional, como Banco Nación, Banco Hipotecario y Banco Central, así como entidades multilaterales de crédito como BID y Banco

¹⁵⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo. Curso de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2018, T. I p. 257.

Mundial, pero las entidades no comprendidas pueden voluntariamente aplicar el sistema y participar de su operatoria. Estimo que las exclusiones que determina este sistema normativo de contrataciones, respecto de provincias y ciudad autónoma, así como municipios, es propio del sistema federal argentino, donde la Nación no tiene delegadas por la Constitución Nacional, facultades para regular tales aspectos. En lo restante debo manifestar mi disconformidad con las restantes exclusiones del sistema general, ya que sostengo que en todo caso, si es menester por razones excepcionales y muy fundadas, establecer regímenes especiales en contra de los propios considerandos del Decreto 1023/2001, en todo caso, siempre es mejor solución, la de aplicar subsidiariamente este régimen general, en manera obligatoria y no meramente voluntaria. Los mismos argumentos de seguridad y certidumbre jurídicos, desarrollados en los citados considerandos, imponen esa mejor solución normativa.

Con relación al orden de prelación, el art. 2 del Decreto 1030/16 establece que todos los documentos que rijan el llamado, así como los que integren el contrato, serán considerados como recíprocamente explicativos; en caso de existir discrepancias, se respetará el siguiente orden de prelación; a) Decreto Delegado 1023/01 vigente; b) Las disposiciones del Decreto Reglamentario 1030/16; c) Las normas que se dicten en consecuencia de este reglamento; d) El Manual de Procedimientos del Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional o las normas que dicte la Oficina Nacional de Contrataciones; e) El pliego de Bases y Condiciones Generales; f) El pliego de bases y condiciones particulares aplicable; g) La oferta; h) Las muestras que se hubieren acompañado; i) La adjudicación; j) La orden de compra, de venta o el contrato, en su caso.

Cabe advertir que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, ante la inexistencia en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (N°19.549), de regulaciones especiales referentes a los contratos sobre las materias regidas por el Título III, lleva a que se les aplique a los mismos, la misma normativa de los actos administrativos, en cuanto a esos aspectos.

El Decreto 1023/01 modificó por el art. 36, el art. 7 de la Ley 19.549 en cuanto establecía la aplicación de la misma, en forma analógica, a los contratos,

disponiendo la nueva norma que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprometidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título en cuanto fuera pertinente; en el mismo sentido el art. 1° del Decreto 1036/16 dispone que el Título III de la Ley 19.549, en cuanto fuera pertinente se aplica directamente a los contratos comprendidos en su ámbito.

En cuanto a la aplicación del Título IV, de la Ley 19.549, relativo a la impugnación judicial de los actos administrativos, la doctrina señala que debe aplicarse supletoriamente a los contratos, porque el Decreto 1021/23 sólo previó en su art. 36, la aplicación directa del Título III, además de que el Decreto 722/96 sobre procedimientos especiales dispone que continúa vigente el régimen de las contrataciones del sector público nacional, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas contenidas en la Ley 19.549 y su reglamentación¹⁶⁰.

En relación a la impugnación judicial de los actos individuales y de los reglamentos -dentro de los cuales alguna doctrina incluye a los pliegos de condiciones generales- los artículos 23 y 24 de la Ley 25.449 establecen que la impugnación judicial de un acto judicial podrá ser impugnado cuando revista el carácter de definitivo y se hubieran agotado las instancias administrativas, cuando a pesar de no decidir el fondo de la cuestión impida totalmente el tratamiento de la misma y cuando hubiere silencio o ambigüedad de acuerdo al art. 10 o vías de hecho según el art. 9; y los actos de carácter general serán impugnables cuando el interesado al que pudiera afectar el acto en forma cierta e inminente, en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuera adverso o se hubiera dados los supuestos del art. 10; y cuando la autoridad de ejecución del acto general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubiera agotado sin éxito la instancia administrativa.

El Decreto 1030/16, por cierto, adopta una metodología diferente, respecto al sistema derogado, estableciendo sólo cuáles son y en qué consiste cada modalidad de contratación, difiriendo la regulación en cuanto a forma, plazo y condiciones en

¹⁶⁰ BALBIN, Carlos Francisco. Manual de Derecho Administrativo, 4ª. Ed. Act. Ed. La Ley, 2018, p.388.

que se llevará a cabo cada modalidad, a los Manuales de Procedimiento que establecerá la ONC. La naturaleza jurídica de los Manuales puede encuadrarse en la del reglamento general normativo, y por lo tanto a pesar de la disimilitud de tratamiento entre el anterior régimen y el presente, no se han presentado ni denunciado perjuicios ni situaciones dañosas por el nuevo tratamiento.

La nueva Reglamentación agrega una nueva modalidad: el Concurso de Proyectos Integrales de utilización cuando la jurisdicción o entidad contratante no pueda determinar detalladamente en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares las especificaciones del objeto del contrato y se propicie obtener propuestas para obtener la solución más satisfactoria de sus necesidades.

El Decreto 1030/16 respecto a la modalidad Precio Máximo, dispone que sean los PBCP, los que indiquen el precio más alto que puede pagarse por los bienes o servicios requeridos. En virtud de ello, incumbe a cada entidad o jurisdicción de la APN determinar en los PBCP tales precios máximos. En el Reglamento anterior era la ONC la que determinaba el precio máximo de un bien o de un servicio, luego de haber elegido el mejor precio, a partir de analizar los precios unitarios cotizados por proveedores de bienes y servicios previamente convocados públicamente a tal efecto.

Respecto al procedimiento de selección, de acuerdo al art. 24 primero y segundo párrafos, la regla general es la licitación pública o concurso público; y en los casos de excepción por subasta pública, licitación o concurso abreviado o privado, y contratación directa.

De acuerdo al documento elaborado por la Oficina Anticorrupción como integrante de la colección "Herramientas para la Transparencia de la Gestión" , denominado "Compras y Contrataciones públicas" (Nº4, págs. 2/3), la especie de procedimiento de selección del proveedor que se aplicará se determinará junto con su respectiva clase y modalidad, de acuerdo a la contratación que se trate, conforme a la normativa marco en cada caso; pero para definir el procedimiento de selección que se aplicará al proveedor, se consultará lo más conveniente para el interés público, ponderándose adecuadamente las finalidades de economía, las características de los bienes o servicios involucrados, como el monto del contrato y

razones de urgencia o emergencia. Respecto a la elección del procedimiento de acuerdo al monto del contrato, se tomará el total de las adjudicaciones estimadas, incluyendo las opciones de prórroga que se prevean siguiéndose esta escala (art. 10 del Decreto 1030/16): 1) licitación pública cuando el criterio de selección del contratista recaiga primordialmente en factores económicos; concurso público, cuando el criterio de selección de contratista recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la actividad técnico-científica, artística u otras; ambos procedimientos que son la regla general, son aplicables válidamente cualquiera fuere el monto presunto del contrato y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes; no obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el art. 1 del Decreto Delegado 1023/2001, y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos (Anexo, art. 10); 2) Subasta pública, que es procedente, cualquiera sea el monto estimado del contrato, en los casos de compras de bienes muebles, inmuebles, semovientes, incluyendo los de interés histórico o de arte; y venta de bienes de propiedad del Estado Nacional; 3) Licitación o concurso privado, hasta seis mil módulos, cuando el llamado a participar este dirigido exclusivamente a proveedores que se hallaren inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores, siendo también consideradas las ofertas de aquellos proveedores que no hayan sido invitados a participar; podrán ser de etapa único o múltiple, así como nacionales o internacionales; 4) Contratación Directa y Compulsiva abreviada: hasta 1.300 módulos y cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección; comprende una gran variedad de casos: la realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo; la contratación de bienes o servicios cuya venta fuera exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubiere substitutos convenientes; cuando una licitación o concurso hayan resultado desierto o fracasaren se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los pliegos de

bases y condiciones particulares; si este también resultare desierto o fracasare, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa; cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno; cuando el Poder Ejecutivo Nacional haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad esta última excepcional e indelegable; cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea indispensable para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación; la locación de inmuebles, en los casos en que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8 de la Ley 24.156, actúen como locatarios. Las contrataciones por compulsa abreviada serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4, y 5 -para los casos de urgencia- del inc. 25 del Decreto Delegado 1023/2001. Las contrataciones por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto contratante, la administración no pueda contratar sino con determinada persona (denominados *intuiti personae*), o está facultada para elegir un contratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8 o 9 del inc. d) del art. 25 ya citado.

El Decreto 1030/16 contiene además: el Anexo al Decreto N° 1030/2016; Disposición ONC 62/2016, Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. El Anexo al Artículo 1, Disposición ONC N° 62/2016, Manual de procedimiento del régimen de contrataciones de la Administración Nacional; Disposición ONC 63/2016, Pliego Único de Bases y Condiciones Generales; el Anexo al Artículo 1, Disposición ONC N° 63/2016, Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; El Anexo al Artículo 3, Disposición ONC N° 63/2016, Requisitos Mínimos que deben contener los Pliegos De Bases y Condiciones Particulares, Disposición ONC 64/2016 Disposición ONC N° 64/2016, Manual de

Procedimiento para la Incorporación y Actualización de Datos en el SIPRO. La Disposición ONC 65/2016, Manual de Procedimiento del COMPR.AR. El Anexo al Artículo 3, Disposición ONC N° 65/2016, Manual de procedimiento del COMPR.AR. El Anexo al Artículo 4, Disposición ONC N° 65/2016, Políticas, Términos y Condiciones de Uso del Sistema (PTCUS) comunes a todos los usuarios. Y el Anexo al Artículo 5, Disposición ONC N° 65/2016, Procedimiento de Registro y Autenticación de los usuarios de los proveedores. Anexo al Artículo 6, Disposición ONC N° 65/2016, Procedimiento de registro y autenticación de los usuarios de la Administración. Y el Anexo al Artículo 6, Disposición ONC N° 65/2016, Matriz de Asignación de Perfiles de usuarios ambiente comprador.

Asimismo, la ONC habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado COMPR.AR (Disposición ONC N° 65/16).

En relación a esta normativa que se dictó posteriormente al Decreto 1030/16, por la Oficina Nacional de Contrataciones como órgano rector del sistema, cuyo análisis por su gran extensión y especificidad no podrá ser incluido en esta investigación, es preciso aclarar que todas las cuestiones procedimentales de detalle no se encuentran en el decreto delegado, sino remitidas a lo que disponga la mencionada Oficina, siendo sus principales receptoras, las Unidades Operativas de Contrataciones que en las múltiples jurisdicciones y entes que comprende la administración pública, son las que gestionan los procedimientos de selección del contratista, dentro del menú de contratos contenidos en el decreto delegado. De esta manera se cumple con la naturaleza de reglamento general de la ley del decreto delegado, quedando fuera del mismo, las reglas que lo complementan, como son las procedimentales y casuísticas, que se corresponden más con el detalle que con lo general o común.

La práctica cotidiana de la gestión del procedimiento de contratación pública, se nutre de ese detalle y de las especificidades, ante las situaciones que acaecen en la realidad en cada caso, aspectos que no pueden ser comprendidos en un decreto reglamentario. La denominación de “Manuales” tiene evidentemente una finalidad práctica e instructiva, siendo sencillo, comprensible fácilmente por sus destinatarios

que no son otros que los que componen el plantel administrativo encargado de la gestión de las Unidades Operativas. La naturaleza jurídica de los Manuales es la del reglamento general normativo, y su orden de prelación jurídica está en el ya citado art. 2 del Decreto 1030/16.

El Decreto N° 1030/2016, y la normativa complementaria antes mencionada (con excepción de la implementación del COMPR.AR), comenzaron a ser aplicados a los procedimientos de selección de contratistas cuyas autorizaciones o convocatorias fueron efectuadas a partir del 1° de octubre de 2016.

e) Implementación del Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, denominado COMPR.AR (Disp. ONC N° 65/16)

La implementación del COMPR.AR se realizará según el cronograma gradual que establezca la ONC oportunamente.

En cuanto a la vista de las actuaciones, al eliminarse la exigencia de acreditar un interés específico se amplía la posibilidad de consulta y transparencia. También cabe destacar que en las causas de desestimación subsanables se reduce a 3 días, el plazo que la autoridad pública debe conceder a los oferentes para que procedan a subsanar las omisiones en las que puedan haber incurrido. Se elimina como causal de desestimación automática de las ofertas, las que fueron presentadas por el cónyuge o pariente hasta el primer grado de consanguinidad de personas no habilitadas a contratar con la administración. En verdad la eliminación de esta causal me parece no solo totalmente infundada, sino que además, se contrapone abiertamente a todas las políticas de prevención y combate contra el fraude y la corrupción.

Se incluyen dentro de las que sí habilitan esa inegibilidad de las ofertas, a las presentadas por las personas condenadas con sentencia firme en el extranjero por delitos de soborno o cohecho transnacional; las personas incluidas en la lista de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo en virtud de conductas o prácticas de corrupción; y cuando haya indicios que hagan presumir que existe simulación de competencia o concurrencia. En relación a las personas inhabilitadas por conductas de soborno o prácticas de corrupción en el

marco de los acuerdos de la OCDE, no existe un Registro Internacional en el que consten los que sufrieron en los respectivos países miembros, las respectivas penas o sanciones, pero sí se informa a los esos países y a los que forman parte del Grupo de Apoyo y Evaluación de Seguimiento del cumplimiento de esa Convención, del cumplimiento de las obligaciones que impone el acuerdo, así como de las recomendaciones que se efectúan, especialmente respecto de las siguientes acciones: deducción impositiva del soborno a funcionarios públicos extranjeros; mantenimiento de registros extracontables; asiento de partidas del pasivo de una incorrecta identificación de su objeto; y la utilización de documentos falsos.

Argentina incluyó información en la web, de todo lo relacionado con el delito de soborno a funcionarios públicos extranjeros¹⁶¹, incluyendo sus compromisos, obligaciones y actividades realizadas como país integrante del Grupo de Apoyo mencionado.

En cuanto a las garantías, se reduce a 60 días el plazo que posee el oferente para retirar las garantías que haya constituido, el que será computado desde que el oferente fue notificado para proceder a su retiro. Asimismo, se establece la obligación de constituir, ante cada impugnación interpuesta, la correspondiente garantía.

Se establece la prescripción para la aplicación de penalidades transcurrido el plazo de 2 años desde producido el hecho generador del incumplimiento.

En las contrataciones interadministrativas, que son las que prevé el artículo 25 del Decreto 1024/2001, dispone en su inciso d) que se podrá contratar directamente cuando los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional, lo sean entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud; en estos casos se prohíbe la subcontratación de cualquiera de las obligaciones

¹⁶¹ <https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2014/03/OCDE-folleto-Soborno.pdf>.

asumidas por las partes, tratándose de evitar que el sistema de contratación utilizado, favorezca a un tercero interesado o intermediario en las ganancias de la operatoria. El Decreto 1030/16, a modo de reglamento del anterior dispone que a los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal que analizo, el cocontratante deberá ser una jurisdicción o entidad del Estado Nacional, o un organismo Provincial o Municipal o del Gobierno de la CABA, o bien una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado. La limitación del objeto a la prestación de servicios de seguridad, de logística o de salud, sólo será aplicable en los casos en que el cocontratante sea una empresa o sociedad en la que tenga participación estatal mayoritaria el Estado. Por su parte, deberá entenderse por servicios de logística al conjunto de medios y métodos que resultan indispensables para el efectivo desarrollo de una actividad, incluyéndose la organización y/o sistemas de que se vale el emprendimiento para alcanzar los objetivos indispensables para su sustentación.

Por su parte, las inscripciones conferidas en el marco del SIPRO no tendrán un plazo de vencimiento, debiendo los sujetos inscritos actualizar la información que hayan suministrado oportunamente.

La regla general es pues la licitación o concurso público, con las variables y excepciones derivadas de los montos del contrato, así como de la urgencia, exclusividad, naturaleza de las obras artísticas y científicas, contrataciones entre organismos o con universidades o reparación de equipos.

Debo reiterar, que es imprescindible que la contratación pública se desarrolle con una gestión profesionalizada de los responsables públicos, así como aplicándose una dedicación especializada, de manera tal que lo que se compre o contrate lo sea con la menor cantidad de recursos públicos posibles, así como eficaz y eficientemente. El círculo virtuoso y transparente de la contratación pública tiene directa incidencia beneficiosa para el sector público porque su actuar se presenta con legalidad y legitimidad; el sector privado, porque no sólo puede actuar en un ámbito de igualdad, sino que además puede ejercitar y arbitrar todos los recursos idóneos y aptos como para competir arriesgando y en búsqueda del mejor resultado

posible; por último la sociedad, porque el sistema íntegro es el que mejor resultados le otorga en términos de satisfacción de las necesidades por los mejores bienes o servicios y con la aplicación de las mejores reglas de juego del mercado.

El Sistema COMPR.AR comenzará a regir en cada jurisdicción o entidad conforme el cronograma de implementación establecido por la Oficina Nacional de Contrataciones, y será de utilización en los procedimientos de selección que aún no hayan sido autorizados o no tuvieran convocatoria realizada, cuando no se requiera autorización previa.

En ese orden de ideas, en el Considerando de la medida adoptada se ha expuesto que los destinatarios del Manual de Procedimiento son el personal de las unidades operativas de contrataciones, y los actores involucrados en la tramitación de dichos procesos, con la finalidad de facilitar la gestión por parte de ellos, a cuyo fin se estimó conveniente detallar los pasos a seguir en la implementación práctica de los procedimientos de selección en general y en particular.

f) Manual de Procedimientos del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Disp. 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones)

Particularmente, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por la disposición 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones, consta de 135 artículos, divididos en cinco Títulos, en los cuales se plasman disposiciones comunes relativas a la formación del expediente, notificaciones y programación de las contrataciones; al procedimiento de selección en general, con la descripción de cada una de las etapas del procedimiento de selección del contratista estatal y de la celebración del contrato; a la ejecución del contrato; a los procedimientos de selección en particular y finalmente a las modalidades de los procedimientos de selección. Se trata de un reglamento general de contenido normativo, como ya lo dijera mas arriba.

El Título I regula la Programación de las Contrataciones, complementando lo dispuesto en el Reglamento, y estableciendo, en tal sentido, la información a remitir por parte de las Unidades Operativas de Contrataciones al Órgano Rector, así como la oportunidad y plazos para hacerlo. De esta forma, se establece el envío de la programación, de las correcciones, y de la ejecución del plan anual, fijando un plazo

de sesenta días corridos, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Distributivo Presupuestario, para el envío de la programación, y de sesenta días corridos de finalizado el ejercicio presupuestario para el envío de la información sobre la ejecución de la programación.

El Título III refiere a la Ejecución del Contrato y trata únicamente lo atinente a la Comisión de Recepción, estableciendo sus funciones, el análisis de las prestaciones, la conformidad de la recepción y el plazo para otorgarla.

Varias de estas cuestiones son reiteración de lo establecido en el Capítulo II Recepción del Título IV del Reglamento, y otras son complementarias y/o descriptivas de las anteriores.

El Título IV trata sobre los procedimientos de selección en particular, y contiene disposiciones sobre la adjudicación simple y la compulsa abreviada; la etapa múltiple; la subasta pública para la venta; la subasta para la compra o subasta inversa; la locación de inmuebles; la compra de bienes inmuebles; y la concesión de uso de los bienes muebles del dominio público y privado del Estado Nacional.

Sobre este aspecto, realizo los mismos cuestionamientos generales que se han indicado al hacer referencia a los procedimientos de selección en general.

Así, por ejemplo, se advierte que en el Manual se establece que en ciertos procedimientos de selección en particular podrá prescindirse de determinadas etapas del trámite, como de la elaboración del cuadro comparativo de ofertas o de la intervención de la Comisión Evaluadora, o se podrá postergar la instancia de aprobación del pliego y de autorización de la convocatoria hasta el momento de la emisión del acto administrativo de finalización del procedimiento. Estas cuestiones, en el marco normativo anterior, se encontraban reguladas en el Reglamento.

Además se contemplan en el Manual cuestiones que el propio Reglamento derivaba o delegaba en el mismo, y cuyos destinatarios son sin duda los oferentes o adjudicatarios. Por caso, el artículo 80 del Reglamento, *Excepciones a la obligación de presentar garantías*, que establece que “no será necesario presentar garantías en los siguientes casos: ... inciso i) Cuando así se establezca para cada procedimiento de selección en particular en el manual de procedimientos o en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales”. De esta forma, en los artículos 52, inciso g); 54, inciso g); 55, inciso e); 57,

inciso i); 60, inciso g), y 84 se exceptúa a los oferentes y adjudicatarios de la obligación de presentar garantías.

El artículo 25 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/2016 establece que las contrataciones podrán efectuarse con diferentes modalidades, enumerando seguidamente las mismas.

Dichas modalidades son las siguientes: iniciativa privada, llave en mano, orden de compra abierta, consolidada, precio máximo, acuerdo marco y concurso de proyectos integrales. A su vez, el citado artículo prevé que la Oficina Nacional de Contrataciones establecerá, en los manuales de procedimiento, la forma, plazo y demás condiciones en que cada una de ellas se llevará a cabo. En ese marco, el Manual efectúa en el Título V la regulación de las diversas modalidades por las que pueden realizarse las contrataciones.

El artículo 24 del Decreto delegado 1023 /2001, en su tercer párrafo, establece que las contrataciones podrán realizarse con modalidades, conforme con su naturaleza y objeto, las que serán establecidas en la reglamentación.

Como dijera más atrás, por disposición (ONC) 65-E/2016, se habilitó el *Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional*, denominado COMPR.AR, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el decreto 1030/2016 y se aprobó el *Manual de Procedimiento para las Contrataciones que se gestionen en el mencionado sistema* (Anexo I).}

g) Sistemas de contrataciones estatales.

El Sistema de Electrónico de Compras y Contrataciones (COMPR.AR), desarrollado e implementado por el Ministerio de Modernización, fue presentado por la Oficina Anticorrupción como una buena práctica de transparencia ante el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

El sistema Compr.Ar es una herramienta de apoyo en la gestión de contrataciones públicas, la cual permite la participación de los compradores, proveedores y la comunidad. A través de la plataforma (comprar.gob.ar), las entidades gubernamentales deben tramitar y publicar sus procesos de contratación, y los proveedores pueden presentar sus ofertas de forma ágil, transparente y segura.

Esta herramienta de compras electrónicas está orientada a lograr una mejora y estandarización de múltiples procesos administrativos, dando como resultado una homogeneización de las compras y contrataciones en toda la Administración Pública Nacional. El papel fundamental de este sistema es obtener una total accesibilidad y simplicidad de estos procedimientos, logrando una mayor transparencia, seguridad y eficiencia.

Entre los beneficios de Compr.Ar se destacan: la transparencia y difusión de los procesos de compras, contrataciones y ventas; la eficiencia y eficacia a través de novedosos mecanismos de selección, adquisición y contratación; la información actualizada y reducción de los tiempos administrativos; y el acceso público y gratuito a través de Internet. Además, permite la explotación de los resultados de los distintos procesos de compras, su sistematización y la adopción de decisiones respecto a la mejora en la utilización de los recursos públicos¹⁶².

También fueron aprobadas las políticas, términos y condiciones de uso del COMPR.AR a las cuales deberán ajustarse los usuarios en la utilización del sistema como en el desarrollo de todos los procedimientos de selección electrónicos (Anexo II); el procedimiento de registro y autenticación de usuarios de los proveedores (Anexo III); el procedimiento de registro y autenticación de los usuarios de la Administración (Anexo IV) y la matriz de asignación de perfiles (Anexo V).

¹⁶² Publicado el miércoles 13 de septiembre de 2017. C:\Users\rtoledo\Desktop\Argentina presentó el Sistema de Compras Electrónicas ante la OEA _ Argentina.gob.ar.html

Paralelamente, la disposición (ONC) 65-E/2016 derogó sus similares 69/2014, 57/2015 y 29/2016 y diversas Comunicaciones Generales que se dictaron en su consecuencia.

El Sistema COMPR.AR comenzará a regir en cada jurisdicción o entidad conforme el cronograma de implementación establecido por la Oficina Nacional de Contrataciones, y será de utilización en los procedimientos de selección que aún no hayan sido autorizados o no tuvieran convocatoria realizada, cuando no se requiera autorización previa.

La utilización del sistema, una vez implementado, resulta obligatoria. En efecto, así se desprende del artículo 32 del Reglamento aprobado por el decreto 1030/2016 y del artículo 2 del Manual, el que estipula que “a partir del momento en que un procedimiento *deba* realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales del mismo”, salvo aquellos actos que solo sea posible efectuar en forma material, como por ejemplo la entrega de muestras, las garantías, o la presentación de documentos que por sus características deban ser presentados en soporte papel. Ello se corrobora con la atribución efectuada por el artículo 33 del Reglamento a la Oficina Nacional de Contrataciones, en cuanto establece que la misma será la encargada de autorizar excepciones a la tramitación de los procedimientos de selección en forma electrónica, debiendo encontrarse acreditada la imposibilidad de tramitación de la contratación en dicha forma o justificada por circunstancias objetivas.

Conforme con el artículo 2 de la disposición (ONC) 65-E/2016, los procedimientos de selección -cualquiera sea la clase o modalidad elegida- que se realicen por COMPR.AR, deberán cumplir con las disposiciones del Decreto Delegado 1023/2001, con las del Reglamento aprobado por decreto 1030/2016 y con las del Manual de procedimiento del COMPR.AR. Pero el artículo 32 del Reglamento establece que, en los manuales de procedimiento que dicte la Oficina Nacional de Contrataciones, podrán estipularse condiciones específicas que se aparten de lo dispuesto en este.

El Decreto delegado 1023/2001, en el Capítulo II del Título I, regula las **Contrataciones Públicas Electrónicas**. Su artículo 21 establece que las contrataciones comprendidas en el régimen podrán realizarse y ser firmado en formato digital, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. El artículo 22 estipula que la reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión.

En relación a ello, el artículo 40 del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/2016 establece que las convocatorias a licitación o concurso público que se realicen en formato digital deberán realizarse con una antelación no menor a siete días corridos, computados desde el día hábil inmediato siguiente al de la última publicación, hasta la fecha de apertura de las ofertas, o a la fecha de vencimiento del plazo establecido para la presentación de las ofertas inclusive, o para el retiro o compra del pliego inclusive, o para la presentación de muestras inclusive, lo que opere primero, cuando esa fecha sea anterior a la fecha de apertura de las ofertas. Ese plazo de antelación substituye al de veinte días corridos, establecido para las licitaciones o concursos públicos que se realicen en formato papel.

Puede presumirse que la habilitación para apartarse de los veinte días corridos establecidos en el artículo 32 del Decreto Delegado 1023/2001 se ha encontrado en la propia redacción del primer párrafo de dicho artículo, en tanto establece que “la convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos *que no se realicen en formato digital*, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de dos días, con un mínimo de veinte (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación”. Pero es altamente posible que el sentido que se le ha querido dar a la norma al momento de su redacción no haya sido el recogido por el Reglamento aprobado por el Decreto 1030/2016 por cuanto no se reitera similar regulación al tratar la antelación del plazo para efectuar la convocatoria en el resto de los procedimientos de selección. No obstante, lo que sí varía con el resto de los procedimientos es la publicación de avisos en el órgano oficial de los actos de

gobierno. No resulta menor señalar que, al momento del dictado del decreto delegado, la emisión del Boletín Oficial solo era en soporte papel. Entiendo que la interpretación y regulación realizada por la reglamentación no resulta saludable, toda vez que equipara el plazo mínimo de antelación de la convocatoria de la licitación o concurso público realizado en formato digital al de la licitación o concurso privado realizado en formato papel. También porque dicho plazo de siete días es muy breve a los efectos de la publicidad y difusión de un procedimiento de licitación o concurso público, en los que se supone -aunque no siempre es así- que el objeto de la contratación resulta más complejo o el monto estimado más elevado. Debe resaltarse que una de las características distintivas de la regulación de los procedimientos de selección es que en las licitaciones o concursos públicos el plazo de antelación es visiblemente mayor que en el resto de los procedimientos, y por ello y por la mayor cantidad de medios por los que se difunde la convocatoria, es que se estima que la licitación o el concurso público son los procedimientos que mejor garantizan el cumplimiento de los principios de las contrataciones públicas, establecidos en el artículo 3 del decreto delegado, entre ellos el de promoción de la concurrencia de interesados y competencia entre los oferentes. Por lo demás, en la práctica, un plazo de siete días corridos es un término muy breve -y parecería insuficiente- para tomar conocimiento de la convocatoria, adquirir el pliego, conocer sus términos, reunir la documentación respaldatoria, elaborar la propuesta comercial, técnica y económica y presentar la oferta. Considero que cuando el artículo 22 del Decreto Delegado 1023/2001 estipula que la reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, intenta no limitarlo sino, por el contrario, garantizarlo.

En la actualidad, atento la posibilidad de publicación de los actos de gobierno en formato digital, tampoco hubiera resultado acorde con la finalidad de la norma suprimir dicho medio de difusión de la convocatoria.

La justificación de las modificaciones normativas en materia de contrataciones públicas ha sido la necesidad de adecuarlas a los nuevos desafíos y metas del Estado moderno, con el fin de impulsar el desarrollo tecnológico,

incorporar tecnologías de la información y de las comunicaciones, simplificar procedimientos con el objeto de facilitar y agilizar la interacción entre el Estado Nacional y los administrados, mejorar la eficiencia, eficacia, calidad y sustentabilidad, luchar contra la corrupción y promover la ética y la transparencia, como lo dicen los considerandos D. 1030/2016. Por consiguiente, es congruente con ello que la Oficina Nacional de Contrataciones, en su carácter de Órgano Rector del Sistema de Contrataciones, haya sido transferida de la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros a la del Ministerio de Modernización, ponderando que tiene entre los objetivos de sus unidades organizativas el de entender en las propuestas e iniciativas de transformación, innovación, mejora continua e integración de los procesos transversales y sistemas centrales de soporte de gestión del Sector Público Nacional, a partir del desarrollo y coordinación de políticas, marcos normativos, capacidades, instrumentos de apoyo y plataformas tecnológicas

Otro acierto que destaco es que la reglamentación e implementación de las compras electrónicas viene a cumplir con una asignatura pendiente, más allá de los varios e infructuosos intentos realizados. Lo cierto es que la utilización de nuevas tecnologías, como las de la información y de las comunicaciones, no asegura procedimientos más ágiles y más transparentes. La modernización no es sinónimo de eficacia ni de eficiencia, así como tampoco de transparencia. Las nuevas herramientas tecnológicas son instrumentos que podrán facilitar el alcance de dichos objetivos, pero que sin duda no los garantiza.

Estimo que se deberá realizar un seguimiento al desarrollo de la gestión de las contrataciones realizadas a través del nuevo sistema electrónico, a fin de poder analizarlas y expedirse sobre sus resultados.

Es sabido que por lo general los sistemas de contrataciones estatales, establecen que la regla debe ser la licitación pública, como lo dice el art. 28 del Decreto 1023/01, pero la realidad demuestra que el procedimiento de selección más empleado, tanto en términos de impacto de gasto como en cuanto a cantidad de convocatorias, es la contratación directa. Así lo destacan serios trabajos dedicados a esta materia que han logrado demostrar una tendencia hacia "la huida de la licitación pública".

Debe por lo tanto el operador jurídico profundizar el análisis en busca de mecanismos que, partiendo desde la realidad, procuren dotar al sistema de compras y adquisiciones de los remedios que permitan regularizar la contratación directa, encarando el problema del posible apartamiento de la juricidad. Se deben inculcar y exigir el respeto a valores básicos como la moralidad de los funcionarios, la eficacia en la gestión del interés público y la igualdad de trato en la distribución de los fondos presupuestados que deberían ser comunes tanto a la contratación directa como a la licitación, porque la contratación directa no merece ser tomada como igual a contratar con quien le convenga o le parezca al funcionario.

No podemos ser ingenuos en esto, ya que en gobiernos y administraciones con corrupción pública y privada estructurales, en los cuales los controles distan de ser los mejores, la licitación pública tampoco es garantía de transparencia.

Y tampoco soslayar lo que demuestran las estadísticas oficiales: del total de las contrataciones públicas de la administración pública argentina realizadas en el año 2005, el 61,44 % fueron a través de contrataciones directas, y sólo el 17,13% por medio de licitaciones públicas¹⁶³. Como lo adelantara García Sanz¹⁶⁴ “La *licitación pública* no es más —si es que alguna vez lo fue— la regla general en el sistema de compras y contrataciones del Estado nacional. Contrariamente a lo que puede suponer el lector desprevenido y aún alguno avezado que siga a pie juntillas lo que la norma dice en palabras, **la regla es la contratación directa, aun si para ello debe hacerse un poco de cosmética al momento de definir el procedimiento de selección del contratista**. No lo digo yo lo dicen los números que presentaré en este trabajo a partir de fuentes tan oficiales como su incumplimiento. Poco importaron los principios declamados; mucho menos lo dicho por la doctrina o la jurisprudencia. Los hechos se impusieron con sigilo. A romper ese silencio dedicaré los siguientes capítulos”, agregando más adelante un gráfico en el cual de acuerdo a informaciones oficiales de la misma ONC las licitaciones públicas ocuparon un 10,40% de las contrataciones, mientras que las contrataciones directas, el 71,50%;

¹⁶³ <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2008estcontrataciones.pdf>, cuadro 6 datos oficiales de la ONC.

¹⁶⁴ GARCIA SANZ, Agustín. En el Tratado de Derecho Administrativo de Agustín Gordillo, T. VII, Capítulo XXV Licitación Pública v. Contratación Directa; ¿La batalla perdida?, Ed. 2006, p. 445.

estos porcentajes corresponden al autor citado, sobre la base de los datos oficiales dados por la Oficina Nacional de Contrataciones¹⁶⁵. La diferencia entre el porcentaje oficial informado y el del autor que citamos, es importante, pero de todas maneras la conclusión es la misma: por un altísimo número, las contrataciones directas son muchas más que las licitaciones públicas, y por ende, la regla general es la contratación directa y la excepción, la licitación pública.

Recientemente, el periódico matutino "La Nación", el 14/03/2018 con el título "Sólo el 13% de las compras del estado son por licitación pública", informa que la mayoría de las compras que realiza el Gobierno para las distintas áreas de la administración se canalizan por contratación directa o licitación privada; el año pasado sólo un 13% (unos \$ 11.076 millones) se efectuó vía licitación pública. De acuerdo a un relevamiento concretado por ese medio periodístico, en los portales oficiales Compr.ar y Argentina Compra, el 51% de las compras que realizó el Estado durante 2017 se canalizaron por licitaciones y por concursos privados. Del total de lo que gastó el Estado el año pasado en sus compras y contrataciones, el 15% (unos \$ 3194 millones) se realizó por medio de licitaciones y concursos privados. El 36% (unos 9002 millones) de las compras que se realizaron en 2017 fueron vía contrataciones directas, pese a que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional impone límites estrictos para este tipo de procedimiento¹⁶⁶.

h) Decreto 27/2018

Dije más arriba que entró en vigencia en Argentina el Dec. 27/2018 del Poder Ejecutivo Nacional que, denominado de Desburocratización y Simplificación, tomó estado público bajo el rótulo de "megadecreto", mediante el cual fueron derogadas y modificadas una gran cantidad de normas con el invocado objetivo de eliminar y simplificar los procedimientos a ser llevados a cabo ante diversos organismos públicos nacionales. Como se lo señala en sus considerandos, la norma se enmarca dentro del Plan de Modernización del Estado, aprobado por medio del Dec. 434/18,

¹⁶⁵ ídem, pág. 455.

¹⁶⁶ www.lanacion.com.ar/2116773.

del 1/3/2016, entre cuyos objetivos se encuentra el de constituir una Administración Pública al servicio del ciudadano en un marco de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de servicios, a partir del diseño de organizaciones flexibles orientadas a la gestión por resultados. El objetivo también es "iniciar un proceso de eliminación y simplificación de normas de diversos regímenes para brindar una respuesta rápida y transparente a los requerimientos del ciudadano y de las empresas para el ejercicio del comercio, el desarrollo de la industria y de la actividad agroindustrial" y el de "implementar políticas de gobierno y regulaciones de cumplimiento simple que alivianen la carga burocrática para la realización de las respectivas actividades, tanto en el ámbito de la Administración Pública como en el sector privado". Se siguen en esta materia los lineamientos pergeñados por la OCDE, de acuerdo los que: "una adecuada política regulatoria exige que se implementen prácticas de buena gobernanza entre organismos y departamentos de gobierno, tendientes a la simplificación de trámites y formalidades y a la eliminación de normas que entorpezcan y demoren el accionar del Estado y del sector privado que afecten su productividad o que puedan dar lugar a prácticas no transparentes".

Si bien las materias abordadas mediante el Dec. 27/2018 son de lo más variadas y complejas, ya que se trata de una norma colectiva, me restringiré en razón del objeto de esta investigación, a las reformas introducidas en materia de administración de bienes del Estado.

El cambio substancial que incorpora el nuevo megadecreto, es la ampliación de los supuestos de la procedencia del remate o subasta pública, entendiéndose por tal al procedimiento de selección del contratista estatal que tiene lugar, previa convocatoria al público en general debidamente publicitada, mediante una puja para ofrecer el mejor precio para la Administración. Se consigna en los considerandos del Dec. 27/2018, que se persiguió ampliar el remate o subasta pública a todos los contratos comprendidos en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y no únicamente a la compra o venta de bienes del Estado Nacional. Por consiguiente, después de la reforma del art. 25 inc. b), del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Dec. 1023/01 se

dispone que la subasta pública, como procedimiento de selección, "será aplicable cuando el llamado a participar esté dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse y se busque obtener mediante un acto público presencial o electrónico en el que se invitará a los postores a una puja de precios, la adjudicación de la contratación al mejor postor". De modo que, a la luz de este precepto, el remate o subasta pública, como mecanismo de contratación, procederá cuando la operación tenga lugar en un acto público, ya sea presencial o electrónico y, por sobre todo, mediante una puja de precios, ya que ésta, que es la que permite que esa competencia termine con la última oferta, constituye el elemento diferenciador de la subasta o remate con la recepción de la oferta bajo sobre que resulta más similar a la licitación pública¹⁶⁷.

Pero la subasta o remate público puede ser aplicado a los contratos comprendidos en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, únicamente en los casos en los que el precio sea el único y exclusivo factor a considerar para la selección del contratista particular, tal como ocurre en los contratos de compra y venta de bienes del Estado, de locación, de alquiler con opción a compra, de permuta o, incluso de concesión de uso de bienes de dominio público o privado del Estado. Pero cuando se deba ponderar la selección de la "oferta más conveniente" para lo cual debe considerarse no sólo el precio ofrecido sino, también, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones objetivas y subjetivas de la oferta, para adjudicar la contratación, no se puede aplicar ese mecanismo. Por consiguiente, cuando para la determinación de la oferta más conveniente, jueguen factores no económicos, como pueden ser la calidad del bien o del servicio, la idoneidad del oferente, etc., la subasta o remate público no puede ser utilizado para adjudicar por ejemplo un contrato de consultoría, o de obra pública, o de participación público privada, o de concesión de obra pública o de servicios públicos y licencias.

Resalto que el Dec. 27/2018 no ha sido acompañado por la modificación de la reglamentación del precepto anterior que se comenta contenida en el art. 11 del Decreto 1030/16, en la que conforme al texto anterior, dispone que la subasta sólo

¹⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 73.

procede para la compra y venta de bienes del Estado Nacional, por lo que no se aplica a otra clase de contrataciones.

Se incorpora por este nuevo megadecreto, como mecanismo de contratación, la subasta pública electrónica, modificando el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Dec. 1023/01, en el sentido de autorizar la utilización del mecanismo de la subasta pública electrónica. En efecto, tras la reforma se dispone en su art. 25 inc. b), que el remate o subasta pública puede tener lugar "mediante un acto público presencial o electrónico".

Resulta concurrente en este punto el también reciente Dec. 29/18 del Poder Ejecutivo Nacional emitido y publicado en la misma fecha que el 27/18, por medio del cual fue aprobada la implementación del Sistema de Gestión Electrónica para las subastas públicas, denominado "SUBAST.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de subasta pública que sean realizados, por un lado, por la Administración Nacional centralizada y descentralizada, incluyendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social y, por el otro, por las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

En el supuesto previsto primeramente, los órganos y entes que comprenden la Administración Central y la descentralizada deberán utilizar el sistema "SUBAST.AR" para la realización de las subastas públicas a partir de la implementación obligatoria del sistema "COMPR.AR" establecido por la Oficina Nacional de Contrataciones del Ministerio de Modernización de la Nación. En el otro supuesto, en cambio, las Empresas y Sociedades del Estado deberán utilizarlo de acuerdo al cronograma que fije oportunamente dicho ministerio.

Las reformas introducidas mediante el Dec. 27/2018 en materia de administración de bienes del Estado se basaban en el objetivo de simplificar y tornar más eficientes los pertinentes procedimientos administrativos internos.

En mayo de 2018 se aprobó por la Cámara de Senadores de la Nación la Ley 27.446, que se publicó en junio de 2018, y por su artículo 14, se derogaron los capítulos XI, XV, XVI y XX del Decreto de Necesidad y Urgencia 27/2018, por lo que todas las modificaciones e innovaciones introducidas en dichos capítulos por esa norma, fueron dejadas sin efecto, con excepción de lo relacionado al Sistema de Gestión Electrónica para las subastas públicas, denominado "SUBAST.AR", que sigue vigente por el Decreto 29/18. Por consiguiente, las modificaciones que se introducían por el Decreto 27/18 al Decreto 1023/01, han perdido vigor, y el texto vigente de éste se remonta al anterior a la efímera entrada en vigencia del 27/18. Otras materias del megadecreto 27/18 han sido incorporadas en tres leyes que sustituyeron en tales aspecto a esa norma, que llevan los números 27.444, 27.445 y 27.446.

Para terminar lo relacionado al sistema de contrataciones públicas en la Argentina, creo conveniente resaltar que el Decreto Delegado 1023/01, y su Reglamentación aprobada por el Decreto 893/12, que regían las contrataciones públicas argentinas con antelación a la nueva normativa, siguieron las soluciones indicadas por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la tendencia en el Derecho Administrativo Global (derecho aún *in fieri*) de establecer reglas específicas de transparencia e información pública a los fines de prevenir la corrupción. La CICC, a la que adhirió la República Argentina mediante la ley 24.759, sancionada con fecha 4/12/96, constituyó un gran adelanto y progreso en el desarrollo normativo de las contrataciones públicas. La convención dice en su preámbulo que a los fines de prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción vinculados con tal ejercicio, convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atentando contra la sociedad, el orden moral, la justicia y el desarrollo integral de los pueblos. Algunos de los cambios producidos en la nueva reglamentación aprobada por el Decreto 1030/16, están orientados en ese sentido. Entre las medidas preventivas a ser adoptadas en el ámbito de sus instituciones, por los países adherentes, la Convención menciona las destinadas a crear, mantener, o

fortalecer los sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia.

En virtud del compromiso adoptado, el RCAN oportunamente dedicó un artículo específico a la transparencia, exigiendo que la contratación pública se desarrolle en todas sus etapas en un contexto de transparencia, basado en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de ese régimen, estableciendo que dicha publicidad posibilitaría el control social de las contrataciones públicas.

Sin embargo, la Reglamentación aprobada por el Decreto 893/12 no mantuvo la férrea determinación de sostener la transparencia en la gestión de las contrataciones públicas, asumida al adherir nuestro país a la CICC. Ya que el anterior Reglamento, en su artículo 58 in fine, (y que el Decreto 1030/16 eliminó). Efectivamente, el art. 58 in fine del Reglamento anterior, referido a "garantizar la transparencia", había establecido que, detectada por la ONC una violación a los plazos mínimos de antelación entre la difusión del llamado y la fecha de apertura de ofertas, no se difundiría ninguna etapa posterior, y correspondía a la ONC informar a los organismos de control, y comunicar a la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad contratante que debía readecuar los plazos a la normativa vigente (de ser ello posible), o revocar el procedimiento. Es evidente por lo tanto, que su eliminación ha sido acertada, pues por un lado resultaba paradójico que en nombre de la transparencia ante una violación al plazo mínimo legal entre la convocatoria y la fecha de apertura, la decisión fuera de no difundir la convocatoria, ni ninguna etapa posterior. En efecto, en lugar de transparentar, lo que la norma reglamentaria anterior hacía era invisibilizar (otorgar opacidad) a esas situaciones una vez detectadas por el Órgano Rector. Por imperio de la nueva reglamentación, tales situaciones serán difundidas en el sitio web de la ONC y así, estarán expuestas al control social que sobre las contrataciones públicas, estableció el decreto delegado 1023/01 en el ya mencionado art. 9º. Por otra parte, corresponderá en cada caso concreto tener presente la solución contenida en el art. 18 del decreto delegado 1023/01. Ella establece la revocación inmediata del procedimiento, ante la omisión de requisitos de publicidad y difusión previa, para los casos en que la

norma lo exija, y, también ante la fijación de especificaciones técnicas o cláusulas, que solo pudieran cumplir un determinado interesado u oferente, de modo que el llamado o la contratación estuvieran dirigidos a favorecer situaciones particulares. La norma citada del RCAN indica además el inicio de actuaciones sumariales.

Bienvenidos los nuevos contenidos destacados el Decreto 1030/16, así como reincorporó un párrafo, existente en el texto original del art. 14 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12, y que había sido suprimido por el Decreto 690/16. Dicho párrafo, ahora redactado sin distinción de género masculino o femenino, establece: "Los funcionarios que autoricen la convocatoria, los que elijan el procedimiento de selección aplicable y los que requieran la prestación, siempre que el procedimiento se lleve a cabo de acuerdo a sus requerimientos, serán responsables de la razonabilidad del proyecto, en el sentido que las especificaciones y requisitos técnicos estipulados, cantidades, plazos de entrega o prestación, y demás condiciones fijadas en las contrataciones, sean las adecuadas para satisfacer las necesidades a ser atendidas en tiempo y forma, y cumpliendo con los principios de eficiencia, eficacia, economía y ética." Es plausible la reincorporación, puesto que además de continuar la línea trazada por los principios de eficiencia, eficacia y economía, receptados en el artículo 1º del Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto delegado 1023/01, había incorporado la ética como estándar axiológico de los procedimientos de contrataciones. Por eso, así como su supresión (efectuado por el Decreto 690/16) generó cierto desaliento respecto al futuro visualizado para las contrataciones públicas, su regreso como norma vigente influye como un aire fresco de optimismo y esperanza, habiéndose conseguido una mejor redacción de la norma. A través de la reincorporación de dicho párrafo se responsabiliza de la razonabilidad del proyecto a los funcionarios que autorizan la convocatoria, que eligen el procedimiento de selección y que requieran determinada prestación, en la medida en que tal procedimiento haya sido realizado conforme a sus requerimientos.

VII.2. Sistema de contrataciones públicas en España: La Ley 9/2017 del Sector Público, del 8 de noviembre, transpone al ordenamiento jurídico español, así como

las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 22914/24/UE ambas del 26 de febrero, sobre adjudicación de contratos de concesión y sobre contratación pública, respectivamente. La ley establece que es aplicable a partir del 9/3/2018, y contiene un extenso contenido, que comprende 347 artículos, 53 Disposiciones Adicionales, 5 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria y 16 Disposiciones Finales, con 6 Anexos.

Esta importantísima norma implica la incorporación del Derecho Comunitario mediante la transposición de las Directivas de la Unión Europea más arriba referidas, quedando sin transponer los aspectos relativos a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, o sea, los denominados “sectores excluidos” que actualmente se rigen por la Ley 31/2007 del 20 de octubre, de contratación en dichos servicios. Se pone punto final con esta nueva Ley, a las múltiples interpretaciones relacionadas sobre la aplicación directa de las directivas, que provocara innumerables comentarios, análisis y estudios por la Administración Pública, así como la doctrina y jurisprudencia.

La nueva ley que ya es de plena aplicación sobre los contratos del sector público español, tiene además de la mencionada extensión, connotaciones novedosas por lo que resulta verdaderamente complicada, habiéndose alertado respecto a preceptos contradictorios entre sí, lo que significa que requerirá un considerable esfuerzo de todos los amplios sectores involucrados, en búsqueda de la necesaria adaptación a los nuevos requerimientos que ella contiene. Tales circunstancias motivaron la afirmación de que es necesaria una importante adaptación tecnológica y organizativa de los sectores especialmente de los licitadores y contratistas¹⁶⁸.

En ese mismo artículo se ha dicho que el objetivo de esta ley es erradicar la contratación menos transparente en España, una lacra que según el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), supone una factura de unos 48.000 millones de euros al año, por lo que se estima que con la

¹⁶⁸<http://consultorcontrataciónadministrativa.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEANtMSbH1czUwMDA0NTUyNDFXK0stKs7Mz7M1M>, de Wolters KLUWER.

contratación electrónica que se establece como sistema obligatorio, habrá una mayor seguridad y un mayor freno a las malas prácticas en materia de contratación. Se ha manifestado que tiempo llevaba la Unión Europea demandando mejoras en la Ley Española de Contratos del Sector Público, a través de las exigencias de las ya mencionadas Directivas Comunitarias. Todas ellas se enmarcan en la relevancia que la contratación pública ostenta en el ámbito de la “Estrategia Europea 2020” donde las máximas: crecimiento inteligente, sostenible e integrador son una prioridad. Su fundamento se encuentra en la necesidad de alcanzar una gestión más eficiente y eficaz de los recursos públicos. Dice este comentario no gubernamental, que los objetivos perseguidos por la nueva ley son entre otros el de avanzar en la consecución de la mayor transparencia en la contratación pública; promover la relación calidad-precio, de forma que un mejor diseño de los criterios de adjudicación de las obras, suministros y servicios tenga en cuenta no sólo variables cuantitativas, sino también cualitativas, ambientales, sociales e innovadoras ligadas al objeto del contrato. Añade que la simplificación de la burocracia es esencial en un mundo cada vez más ágil en el que las pequeñas y medianas empresas ocupan un papel destacado en la economía, en orden a la capacidad de crear empleo y generar riqueza, por lo que propone facilitarles la vida en la medida de lo posible y entre las distintas medidas está el acceso a las licitaciones públicas, pretendiendo que se ponga la lupa sobre aquellas ofertas que contienen bajas temerarias, siendo el momento de elegir la oferta más favorable al interés público. Sostiene que Transparencia en colaboración con el Observatorio de Contratación Pública reconocieron, en mayo de 2017 el reducido grado de cumplimiento de la normativa en materia de publicidad de contratos por parte de las instituciones públicas; el aumento de la transparencia y la prevención de la corrupción son esenciales en el desarrollo económico del país, así como evitar los conflictos de intereses. Señala además como novedades que se perfilan la prohibición salvo excepciones de la contratación sin publicidad: la factura electrónica es una obligación; se reconoce la figura del funcionario responsable del contrato y se crea un Organismo de control de la contratación pública; se abre la posibilidad de pago directo de la Administración a los subcontratistas; la regla

general será la contratación en lotes; se acentúan las exigencias en materias de contratos menores, si bien aconseja discernir a esos contratos como objeto de fraude; y además, se admite como fuente el interés de avanzar hacia una administración más eficiente, destacando que los partidos políticos y las organizaciones sindicales están comprendidas como sujetos que deben aplicar la nueva normativa¹⁶⁹.

Se ha señalado como una de las novedades de la Ley nueva, la obligación de la factura electrónica y la posibilidad de pago directo de la Administración Pública a los subcontratistas, además de un aumento a los controles sobre la morosidad y de la creación de una oficina independiente para la supervisión de los contratos, garantizándose con ello la libre competencia¹⁷⁰.

Gimeno Feliú sostiene que si bien el texto de la nueva ley puede parecer un texto continuista con el TRLCSP de 2011, sin embargo hay notables diferencias, porque se han dado pasos importantes para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración Pública o de debilidad del control, lo que ponían en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública; y de que la nueva ley pretende además, un cumplimiento de las exigencias europeas, así como una reorientación de la contratación pública desde la perspectiva de la estrategia para implementar políticas públicas¹⁷¹.

La doctrina pregonaba que más allá de la obligación de transposición que tenía España respecto a las Directivas Comunitarias Europeas, se trataba de una excelente oportunidad para llevar a cabo una reforma substancial del sistema de contratación pública y aprobar una regulación que decididamente simplifique e impulse el cumplimiento de los principios esenciales de la contratación pública y permita una uniformidad jurídica en toda su amplio espectro. Señalaba también

¹⁶⁹ <https://www.acobur.es/noticia/legislacion-en-contratacion/la-nueva-ley-de-contratacion-publica-14074>

¹⁷⁰ <https://www.elblogsalmon.com/economia-domestica/asi-es-la-nueva-ley-de-contratacion-publica>.

¹⁷¹ <http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiSyY3jhXZAhWDI5AKHYuJAJJoQFggUAAA&url=http%3A%2F%2Fwww.obcp.es%2Findex.php%2Fmod.opiniones%2Fmem.descargaPdf%2Fid.317%2Frelcategoria.208%2Frelmenu.3%2Fchk.2f35d870aa657dbfdd3c0f0cdfa9eae1&usg=AOvVaw2QL-IVtXdiND8ZEeZIJnS>, La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública. José María GIMENO FELIÚ.

que el sistema que se proyectaba representaba un salto cualitativo respecto de la regulación anterior en el respeto de la transparencia, la integridad, la igualdad de acceso de la contratación y la libre concurrencia, siendo más respetuoso que el Derecho europeo hasta el punto que es más garantista en aspecto como los modificados. Se destaca que en la nueva ley se recogen muchas novedades regulatorias: el principio de integridad aparece expresamente reconocido en el artículo 1 de la ley, como objeto principal de la misma; se incluyen en el ámbito subjetivo de aplicación los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, si tienen financiación pública mayoritaria; se produce un ajuste de los tipos contractuales al Derecho de la Unión Europea; desaparece el contrato de colaboración público privada; se regula el procedimiento abierto con tramitación simplificada y publicación obligatoria en Internet, para contratos no armonizados en suministros y servicios de menos de 2.000.000 de euros de valor estimado en obras (salvo para las adjudicadoras no administradoras públicas que podrán utilizarlo para todo importe); en este procedimiento abierto simplificado se reducen los plazos, se excluye la posibilidad de que se preste garantía provisional, en el que las proposiciones sólo podrán presentarse en el Registro indicado en el anuncio de licitación; además la Mesa de Contratación deberá en la misma sesión clasificar y evaluar las ofertas, realizar la propuesta de adjudicación, comprobar los requisitos de capacidad y solvencia y requerir para la constitución de la garantía definitiva (art. 159); en el procedimiento negociado se desarrolla en manera completa el proceso y contenido de la negociación; desaparece el supuesto de la legislación española del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía; se incorpora el nuevo procedimiento de asociación para la innovación, que es un subtipo perfectamente encuadrable en el procedimiento restringido y en el negociado, para aquellos casos en que resulte necesario desarrollar actividades de investigación y desarrollo en obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración, tratándose por tanto de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación; promueve medidas en favor de la participación de las PYMES en la contratación pública, como la nueva regulación de la división en lotes

de los contratos, que invierte la regla general utilizada con antelación, de manera que si no se divide el contrato en lotes debe justificárselo en el expediente¹⁷², se rebajan las condiciones de solvencia técnica, con los que las empresas de nueva creación con menos de cinco años de existencia, no deberán acreditar trabajos realizados con la administración pública para poder empezar a contratar con ella; se reducen bastante los plazos para la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto (art. 156) y también para la presentación de solicitudes de participación y de proposiciones en el procedimiento restringido (arts. 161 y 164).

a) Morosidad

Respecto a la morosidad, las empresas que quieran trabajar para la administración pública no podrán pagar tarde a sus proveedores, porque se obliga a las empresas a depositar cada factura en un registro electrónico; además se imposibilita que las administraciones públicas certifiquen las obras en más de treinta días, sin excepción. Se establece como punto de partida el plazo de pago de la fecha de entrega del bien o el de la prestación del servicio; las administraciones públicas tendrán la obligación de comprobar el cumplimiento de los plazos de pago y de imposición de las penalidades en los contratos de obras y en los contratos de servicios cuyo valor supere los cinco millones de euros o que el importe de la subcontratación sea igual o más al treinta por ciento del precio del contrato, en relación a los pagos a subcontratistas que hayan asumido por contrato con el contratista principal el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra. Cuando se produzca una falta de pago, el subcontratista puede exigir al órgano de la contratación el pago de las facturas con plazo de pago vencido.

Nótese que la nueva ley de contratación pública española tuvo un gran trabajo de elaboración, dado que al esfuerzo de la Administración para enviar un texto adecuado al Parlamento, se debe añadir las enmiendas planteadas en el trámite parlamentario, que de 1081 realizadas, se aceptaron 975.

¹⁷² MORENO MOLINA, José Antonio y PINTOS SANTIAGO, Jaime. El sistema de contratación pública español, Derecho Comparado de la Contratación Pública, Monográfico, coordinado por Jaime Pintos Santiago. http://www.liberlex.com/archivos/monogr%C3%A1fico-DCCP_completo.pdf.

b) Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses

La lucha contra la corrupción se presenta como uno de las finalidades esenciales de la nueva normativa, para lo cual se cita el principio de integridad, el que a diferencia de otros, sí recogidos en la Constitución Española, no tiene ese rango, sino que se consagra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y se deduce de la necesaria objetividad que se exige a la Administración Pública en el art. 103 de la CE, así como de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE, pudiéndose citar el precedente en la cita del principio en el Estatuto Básico del Empleado Público que recoge en el Código de Conducta, entre los deberes de los empleados públicos, en el art. 52, la integridad, por lo que es lógico pensar que, si se quiere erradicar la corrupción de las entrañas de lo público, se invoque la integridad como un baluarte indispensable en esa guerra. No debe olvidarse que integridad significa el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos y a que de dicho uso se informa adecuadamente que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno (según la Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública, C (2015/2).

c) Aspectos medioambientales, sociales y de innovación

También resulta novedosa y creativa la nueva ley, cuando incluye entre los criterios de adjudicación los aspectos medioambientales, sociales y de innovación, instituyéndose los mismos como instrumentos para implementar políticas públicas. De la misma manera, como se destacó ya más arriba, se pretende abrir las contrataciones a las PYMES, resultando una forma realista de ajuste de la norma a lo que acontece con el empresariado español.

Se destaca asimismo las múltiples normas que resguardan la necesidad de perseguir la calidad (la relación calidad-precio o el obtener obras, servicios y suministros de calidad), volviéndose más dura la regulación para evitar las ofertas anormalmente bajas, como ya se dijo también más atrás.

La Ley 9/2017 menciona expresamente los principios constitucionales que subyacen en todo el entramado de la normativa, de seguridad jurídica, transparencia, proporcionalidad, igualdad y no discriminación.

d) Ámbito subjetivo

Dicha ley en el aspecto subjetivo, en forma coincidente con la Ley 30/2007 sigue la “teoría de los círculos” del sector público; el primero, el mayor, es el del sector público (art. 3.1); dentro de éste se sitúa un círculo menor que es el de los poderes adjudicadores (art. 3.3); y dentro del círculo de los poderes adjudicadores, encontramos el círculo más pequeño que es el de las Administraciones Públicas (art. 3.2); el concepto de sector público, así como el de poderes adjudicadores deviene impuesto en el ordenamiento español desde las directivas comunitarias de 2004¹⁷³, transpuestas por las Leyes de 2007. No se usaba esa terminología con anterioridad a dicho momento, porque las normas en materia de contratación pública siempre hacían referencia al término “administraciones públicas” (ver Real Decreto Legislativo 2/2000 del 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Pasados diez años desde entonces, resalta el éxito de la nueva terminología de “sector público” adoptada, dado que la reciente Ley 40/2015 del 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, la incluye de la misma forma, poniendo colofón a la vigencia de la Ley 30/92.

e) Ámbito objetivo

En el ámbito objetivo la Ley 9/2017 distingue entre los contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo son, en razón del contrato y la cuantía, siendo también esta construcción de origen europeo, al igual que el de poder adjudicador, y que se ha implantado en el quehacer ordinario de las entidades públicas e influye en toda la materia de contrataciones públicas¹⁷⁴, poniéndose

¹⁷³ 2004/17/CE y 2004/18/CE.

¹⁷⁴ La nueva Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva de la Administración, Alicia SEGOVIA MARCO, en internet: http://www.elderecho.com/contenido_juridico/consultas_legales/nueva-ley-de-contratos-sector-publico-novedades-administracion_11_1168555003.html

énfasis en impedir que el objeto de la contratación sea fragmentado en forma fraudulenta, persiguiendo fines contrarios a la integridad y la transparencia.

El contrato de obra regulado en el art. 13 de la ley continúa en los mismos términos que antes, poniéndose énfasis en la “obra completa” o sea la que es susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente incluyendo todos los elementos necesarios para ello.

El contrato de concesión de obras del art. 14 es el mismo que antes.

El contrato de concesión de servicios del art. 15, esencialmente es idéntico al existente, habiéndose cambiado a los sujetos que lo pueden realizar, refiriéndose la nueva norma a los poderes públicos adjudicadores, habiéndose criticado ello, puesto que es el único tipo de contratos en el que se define por razones de los sujetos del mismo y no por su objeto solamente.

Tanto en la concesión de obras, como en la de servicios públicos, se establece en la nueva normativa, que se produce la transferencia del riesgo operacional a la concesionaria.

El contrato de suministros del art. 15 resulta también igual que antes.

El contrato de servicios del art. 17 suma a su habitual concepción, que no podrán ser objeto del mismo aquellos servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Los contratos mixtos tienen unas reglas más detalladas de los mismos.

Mientras que el contrato de colaboración entre el sector público y privado del art. 11 de la antigua ley, desaparece, seguramente por su casi nula aplicación práctica.

Como novedades atinentes a los criterios de adjudicación normados en los artículos 145, 146 y 147, determinan que se realizará la utilización de una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, como el de coste-eficacia,

pudiéndose adjudicar, previa justificación en el expediente, con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atiende a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida, estableciéndose expresamente que los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato. Se descarta la posibilidad de que sólo aparezcan criterios cualitativos puesto que el último párrafo del art. 145.2 dispone que los mismos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del órgano de la contratación podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad. Se distingue además, los casos en los que se utiliza más de un criterio de adjudicación que es la regla general en los contratos de concesión, suministro y servicios, de los supuestos en los cuales se utiliza solo un criterio de adjudicación. Si solo hubiera un criterio, se considera inescindible del precio o la rentabilidad. Si son varios, se da preferencia a aquellos que sean objetivos, medibles por cifras o por porcentajes en fórmulas establecidas en los pliegos. Se definen las mejoras como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del contrato. Se limita el uso de las mejoras en el caso de que su ponderación dependa de un juicio de valor en cuyo caso no podrá asignarse una valoración superior al 2,5%. El art. 147 da la posibilidad de que los Pliegos incluyan criterios de desempate en los casos, en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas, en defecto de previsión, el desempate se resolverá mediante la aplicación, por orden, de criterios sociales establecidos en el art. 147.2

La regulación establecida en el art. 326, relacionado con las Mesas de contratación, es sumamente importante porque se profesionaliza las mesas de contratación, que quedan definidas como un órgano de asistencia técnica especializada.

El art. 326.1. establece que salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos, abierto simplificado, restringidos, de diálogo competitivo, de licitación con negociación y de asociación para la innovación, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una mesa de contratación. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la mesa será potestativa para el órgano de contratación, salvo cuando se fundamente en la existencia de una imperiosa urgencia prevista en la letra b) 1.º del artículo 168, en el que será obligatoria la constitución de la mesa. En los procedimientos a los que se refiere el artículo 159.6 será igualmente potestativa la constitución de la mesa.

El art. 326.2. dispone que la mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario:

a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.

b) La valoración de las proposiciones de los licitadores.

c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley.

d) La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación.

e) En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación así como en la asociación para la innovación, la selección de los

candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El art. 326. 3. Preceptúa que la mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario.

La composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente.

El art. 326.4. dispone que los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación. Y el 326.5. que el Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario. Por resolución del titular de la Intervención General correspondiente podrá acordarse los supuestos en que, en sustitución del Interventor, podrán formar parte de las mesas de contratación funcionarios del citado Centro específicamente habilitados para ello. En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda. Las Mesas de contratación podrán, asimismo, solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia será autorizada por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con

referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.

El art. 226.6 prevé que salvo lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, la mesa de contratación que intervenga en el procedimiento abierto simplificado regulado en el artículo 159 de la presente Ley se considerará válidamente constituida si lo está por el Presidente, el Secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario.

El art. 326.7. dispone que las Leyes de las Comunidades Autónomas y la legislación de desarrollo puedan establecer que las mesas de contratación ejerzan también aquellas competencias relativas a la adjudicación que esta Ley atribuye a los órganos de contratación.

El art. 327 instituye una Mesa especial del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación.

Para asistir al órgano de contratación en los procedimientos de diálogo competitivo o de asociación para la innovación que se sigan por las Administraciones Públicas, se constituirá una mesa con la composición señalada en el apartado 3 del artículo anterior a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo o la asociación para la innovación, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

Por su parte, el art. 99 de la Ley incorpora una novedad que altera de buena manera la situación existente, al imponer la división en lotes del objeto de la contratación, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, debiendo preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes. Salvo el contrato de concesión de obras, el órgano de la

contratación puede mediante resolución fundada, no aplicar dicha subdivisión en lotes, debiéndose basar la motivación en la defensa de la competencia o impedimento de índole técnico. La normativa prevé que el órgano de la contratación puede introducir las limitaciones debidamente justificadas en el expediente, pudiendo limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta; puede también limitar el número de lotes que se pueden adjudicar a cada licitador.

Los arts. 213, 216 y 217 de la Ley 9/2017 regulan respecto a la subcontratación, que las Administraciones Públicas tienen en general la facultad de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos. Los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y del subcontratista.

Por su parte, la Disposición adicional quincuagésima primera que prevé los pagos directos a los subcontratistas establece que:

1. Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 216 y 217 y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 215, el órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas, se realicen pagos directos a los subcontratistas.

2. El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200.

3. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra.

4. En ningún caso será imputable a la Administración el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista.

Por los arts. 156, 159, 161, 164, 167, 168, 169, 177 se crea un procedimiento abierto simplificado con determinadas condiciones, lo que exigirá una adaptación de las entidades contratantes con la finalidad que expresa la Exposición de Motivos de aligerar las cargas administrativas y simplificarlas. Así se reducen los plazos en la presentación de las propuestas en el procedimiento abierto y de solicitudes de participación y de proposiciones en el procedimiento restringido. Se cambia la denominación del procedimiento negociado con publicidad por el de procedimiento con negociación, manteniéndose el procedimiento negociado sin publicidad. Permanece el denominado diálogo competitivo y se introduce el nuevo procedimiento de asociación para la innovación. Si bien se permite la modificación de los contratos, o que las modificaciones estén previstas en los pliegos, o en la manera del art. 205, se mantienen estrictas reglas para que las modificaciones no se conviertan en verdaderos cambios o ampliaciones esenciales o substantivas del objeto de la contratación. Respecto a la publicidad, el régimen está determinado, exigiéndose que las modificaciones se publiquen en el perfil del contratante y en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Resulta esencial en la estructura de la nueva Ley 9/2017, su pretensión de incrementar la transparencia para luchar contra el fraude y la corrupción en la consecución del principio de integridad en la contratación pública; así su art. 64 introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, previniendo, detectando y solucionando de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, ampliándose el concepto del conflicto de intereses, así como las

prohibiciones a contratar y la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo (arts. 71, 72 y 73).

Los órganos encargados de velar por la lucha contra la corrupción en materia de contratación pública, están regulados con mucha extensión, estableciéndose que son: La Junta Consultiva de Contratación Pública; el Comité de Cooperación en materia de contratación pública; la Oficina Independiente de regulación y supervisión de la contratación; y la Oficina Nacional de Evaluación.

La Junta Consultiva, además de las funciones consultivas, tiene un rol de coordinadora de las obligaciones de información derivadas de las directivas comunitarias (art. 328), constituyéndose en el punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea, informando trianualmente de manera global sobre los contratos sujetos a regulación armonizada. Además en el seno de la Junta se crea un nuevo Comité de cooperación en materia de contratación pública, al que se le atribuyen cometidos de coordinar los criterios de interpretación de las normas de contratación pública por las administraciones públicas, coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público, en el que participarán representantes de las CAA y de la asociación o federación de entidades locales con mayor implantación; será el encargado de mantener y elaborar la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública, proponer criterios de contratación del sector público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de ese sector; así como recopilar información y analizar las cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés; y de realizar las demás funciones que le asigna el art. 329. Debe elaborar y remitir cada tres años un informe referido a todos los poderes adjudicadores estatales, autonómicos y locales respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada (art. 328).

El Comité de Cooperación tiene incumbencia para diseñar la Estrategia Nacional de contratación que debe seguir la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de Proyectos, que es la que la prueba cada cuatro años, teniendo como

objetivo el establecimiento de medidas para cumplir objetivos tales como combatir la corrupción, incrementar la profesionalización de los agentes que intervienen en la contratación pública, promover la eficiencia económica, generalizar la contratación pública electrónica, utilizar la contratación pública para apoyar las políticas ambientales, sociales y de innovación, promoviendo la participación de las PYMES en la contratación pública (art. 334). Dentro de sus atribuciones están las de promover la concurrencia y combatir ilegalidades. Esta Oficina controlará la correcta aplicación de la legislación, actuando en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional; especialmente custodiará el respeto de los principios de publicidad y concurrencia así como de las prerrogativas de la Administración; para ejercer sus funciones aprobará la Estrategia Nacional de Contratación Pública, vinculante para el sector público, realizará encuestas e investigaciones, remitirá informes a las Cortes y a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, aprobando instrucciones para la interpretación y aplicación de la legislación de la contratación pública. Como resultado de toda su actividad de supervisión, debe concretar un informe anual que se publicará en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el que se incluirán los principales incumplimientos detectados, las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratación pública e información sobre prevención, detección y notificación adecuada de casos de fraude, corrupción y conflicto de intereses (art. 332).

Dentro de la mencionada Oficina Independiente está la Oficina Nacional de Evaluación que es la que analiza la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, emitiendo un informe preceptivo, antes de la licitación de dichos contratos (art. 333.3).

Se determina además la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas de la información correspondiente a efectos estadísticos y de fiscalización.

La Ley establece la obligatoriedad de utilización de unos medios electrónicos, que deberán cumplir con las especificaciones y requisitos señaladas en las DA 16 y

17, para las siguientes tareas: notificaciones y comunicaciones en la tramitación del procedimiento de adjudicación; presentación de ofertas y solicitudes de participación.

f) **La contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos** La contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas está regulada en las DA 47 a 49, previendo especialidades en la contratación de esos servicios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano de a pie, tales como la experiencia del personal adscrito al contrato, la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta o el establecimiento de mecanismo de participación de los usuarios. Se puede hacer reserva en favor de determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud, siempre que dichas organizaciones cumplan con una serie de condiciones y sin que la duración del contrato sea superior a tres años, permitiéndose que la legislación de las Comunidades Autónomas articule instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social.

Volviendo a las consideraciones de Feliú, comparto que la decisión de la uniformidad del régimen jurídico que contiene la nueva ley, es muy importante, porque resulta así indiferente el carácter o no de administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado, desapareciendo pues la posibilidad de regulación mediante instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado¹⁷⁵.

También coincido con dicho autor, que la apuesta por la transparencia que decididamente realiza la nueva norma, se contrapone a la opacidad denunciada mayoritariamente de la práctica contractual anterior, señalándose como elementos que coadyuvan a dicha finalidad, la exigencia de justificación y motivación de la

¹⁷⁵ La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública, 23/10/17, p. 2, ob. cit.

necesidad y del procedimiento elegido; perfiles de contratante que como indica el art. 347 deberán alojarse obligatoriamente en las páginas web institucionales de estos órganos incluyéndose un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público; el apartado 3 del art. 347 obliga a que la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles del contratante surtirán los efectos previstos en la Ley cuando los mismos estén alojados en la mencionada Plataforma o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas, implicando la falta de publicación en la Plataforma, la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (art. 39.2 c). La transparencia también es mejorada en el procedimiento tan vapuleado por la opacidad como el contrato menor, ya que en el procedimiento simplificado se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir controles; obligándose a reportar la información de los contratos menores asociado a cada contratista, con el fin de descubrir actuaciones irregulares¹⁷⁶.

Es ponderable la eliminación de la posibilidad de la libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores que no constituyen administración pública, que obliga con indiferencia del importe, eliminando la posibilidad de descontrol en los sobrecostos y también que exista un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. El mismo concepto de armonizado y sus consecuencias se aplica también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública.

La OCDE sostiene que la integridad en la contratación pública se implementa en la práctica a través de la concreción de cuatro principios: la transparencia, la buena gestión, la prevención de la mala conducta y la rendición de cuentas¹⁷⁷. Desde esta perspectiva, con relación a las normas de contratación que exigen un

¹⁷⁶ Idem anterior.

¹⁷⁷ Principios para la integridad de la administración pública, <http://oecd.org/gov/ethics/4899450.pdf>

comportamiento íntegro por parte de los licitadores, es exigible a la administración, la existencia de instrumentos de control que permitan prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo cualquier comportamiento irregular dentro de la administración y en particular de aquellos servidores públicos involucrados en la contratación de la entidad a la que pertenecen. En este sentido, debo destacar la disposición adicional vigésima octava de la Ley 9/17, titulada “Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, que establece:

1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.

Por supuesto que la creación de un organismo independiente de supervisión y control es la bóveda de una nueva arquitectura institucional para promover las exigencias de gobernanza europea. La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está conformada por personal independiente con un plazo de finalización en las funciones de seis años inamovibles, que asume las funciones de Gobernanza de las Directivas de las contrataciones públicas; podrá dictar instrucciones, pero no se le otorgan facultades de anulación o sanción; los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados de forma que este organismos podrá examinarlos y ponderar si existen prácticas incorrectas, además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos, lo que debe contribuir a consolidar el concepto de integridad para

prevenir supuestos de corrupción o clientelismo. Esta autoridad independiente se complementa con una Comisión Mixta con el Tribunal de Cuentas, de seguimiento de la contratación pública.

Esta plataforma jurídica que ha sido resumida, permite afirmar que existen nuevos aires en el régimen de contrataciones públicas español, que lo insertan y alinean con las pautas de nueva gobernanza pública que puede servir para erradicar el déficit público en una nueva gestión, y parece ponerse en marcha una nueva regeneración democrática y un rediseño de la contratación pública que permita ser utilizado como estrategia de liderazgo público institucional, que puede inclusive ser motor de la mejora de todo el aparato productivo.

Puedo afirmar a esta altura que la nueva ley 9/17 española busca como horizonte un modelo de contratación pública transparente y estratégica, tratando de escapar del sistema burocrático que tan malos resultados demostró con la normativa vigente con antelación. Lo dice bien Gimeno Feliú: *“...Uno de los retos...de esta nueva ley es el de afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad...”*¹⁷⁸.

Debo también destacar que además del principio de la integridad consagrado en el art. 1 de la nueva ley, ésta contiene una regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, más ajustada al derecho europeo. Es positiva la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad; así como la publicidad que se establece y el control de los modificados, que privilegia un modelo de publicidad diseñada para ser transparente, resultando elogiable también la Plataforma de Contratos del Sector Público, en el que se deben publicar necesariamente todas las licitaciones.

No puedo dejar de elogiar la regulación que contiene esa normativa, de los conflictos de intereses y de la extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares; la ampliación y refuerzo del recurso especial, específicamente la

¹⁷⁸ La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública, 23/10/17, ob. cit. en nota 43, p. 1.

de su objeto por cuantía y actos susceptibles de impugnación; la profesionalización de las mesas y la perspectiva de una gobernanza estratégica dirigida por un supervisor profesional e independiente de la contratación pública. Además es plausible la incorporación del nuevo procedimiento abierto simplificado, y la declaración responsable.

El cuerpo de la Ley 7/2017 tiene un Título III relativo a la Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos y telemáticos que reputo conveniente transcribir, por su decisiva importancia en cuanto a la gestión de la contratación abierta:

g) Artículo 347. Plataforma de Contratación del Sector Público.

1. La Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos.

2. Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

3. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán establecer servicios de información similares a la Plataforma de Contratación del Sector Público en los que deberán alojar sus perfiles de contratante de manera obligatoria, tanto sus propios órganos de contratación como los de sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de los mismos y constituyendo estos servicios un punto de acceso único a los perfiles de contratante de los entes, organismos y entidades adscritos a la Comunidad Autónoma correspondiente.

Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas que no hubieran optado por establecer sus propios servicios de información, y alojen, por tanto, sus perfiles del contratante directamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público, podrán utilizar todos los servicios que ofrezca la misma, así como participar en su gestión en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan y de acuerdo con los convenios que a tal efecto se suscriban entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y el órgano de Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma.

En cualquier caso, e independientemente de la opción elegida por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas, de entre las señaladas en los dos primeros párrafos del presente apartado, estas deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas que no hubieran optado por establecer sus propios servicios de información, y alojen, por tanto, sus perfiles del contratante directamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público, podrán utilizar todos los servicios que ofrezca la misma, así como participar en su gestión en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan y de acuerdo con los convenios que a tal efecto se suscriban entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y el órgano de Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma. En cualquier caso, e independientemente de la opción elegida por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas, de entre las señaladas en los dos primeros párrafos del presente apartado, estas deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En relación con la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, bien se lleve a cabo

directamente o bien por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información, en caso de una eventual discrepancia entre la información recogida en el servicio de información de la Comunidad Autónoma y la de la Plataforma de Contratación del Sector Público, prevalecerá la primera. Los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes podrán optar, de forma excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público. 4. La plataforma deberá contar con un sistema de sellado de tiempo que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma. 149 5. La publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y de conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 3 del presente artículo, y siempre que, en este último caso, se cumpla con lo dispuesto en el párrafo tercero del citado apartado 3. 6. El acceso de los interesados a la Plataforma de Contratación del Sector Público se efectuará a través de un portal único. 7. Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se definirán las especificaciones relativas a la operación y utilización de los servicios prestados por la Plataforma de Contratación del Sector Público. 8. La información se publicará en estándares abiertos y reutilizables.

El artículo transcrito, tiene relación directa con la **disposición adicional decimoquinta**, que contiene normas relativas a los medios de comunicación utilizable en los procedimientos regulados en la Ley, a saber: 1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto

de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado. No obstante lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.

2. La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios exclusivamente electrónicos. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen: los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, tales como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

- a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.
- b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas

a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia. c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación. d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos. Con respecto a los intercambios de información para los que no se utilicen medios electrónicos con arreglo al presente apartado, el envío de información se realizará por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado y de medios electrónicos. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos. 4. Los órganos de contratación tampoco estarán obligados a exigir medios electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos en el sentido expresado en el apartado 7 de la presente disposición adicional. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos. 5. Los órganos de contratación y los servicios dependientes de los mismos velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios de información y operaciones de almacenamiento y custodia de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. Además, deberán garantizar que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación y hasta el momento fijado para su apertura. 6. Para contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los

mismos, los órganos de contratación podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM) o herramientas similares. En esos casos, ofrecerán medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 7 de la presente Disposición adicional hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos. 7. Cuando sea necesario, los órganos de contratación podrán exigir la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que ofrezcan medios de acceso alternativos. Se considerará que los órganos de contratación ofrecen medios de acceso alternativos apropiados cuando: a) ofrezcan gratuitamente un acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas y dispositivos a partir de la fecha de publicación del anuncio correspondiente o a partir de la fecha de envío de la invitación, en su caso. El texto del anuncio o de la invitación especificará la dirección de Internet en la que puede accederse a dichas herramientas y dispositivos, o bien, b) garanticen que los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos de que se trate, o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al licitador en cuestión, pueden tener acceso al procedimiento de contratación utilizando mecanismos de acceso provisionales disponibles gratuitamente en línea; o bien, c) admitan un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas. 153 8. Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán cumplir, además, los requisitos establecidos en la Disposición adicional decimosexta de la presente Ley.

La **disposición adicional décimo sexta** completa esta materia, regulando el uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos determinados en la ley, disponiendo que: 1. El empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley se ajustará a las normas siguientes: a) Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el

acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación. b) La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas, solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos de proyectos, incluido el cifrado y la validación de la fecha, deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación. c) Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación. d) Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Estos sistemas deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos. e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y, notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista deberán poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma.

f) Los órganos de contratación deberán especificar el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las diferentes fases de cada procedimiento de contratación que deberá ser proporcional a los riesgos asociados a los intercambios de información a realizar. Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se establecerán las condiciones de utilización de las firmas electrónicas en los procedimientos de contratación del Sector Público. g) Las referencias de esta Ley a la presentación de documentos

escritos no obstarán a la presentación de los mismos por medios electrónicos ni, en su caso, a la generación de soportes físicos electrónicos y su posterior presentación, de acuerdo con las normas fijadas en el presente artículo y en sus disposiciones de desarrollo. h) En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada. Se entiende por huella electrónica de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de esta garantizando su integridad. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, deberán cumplir con lo establecido a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma. i) Los licitadores o candidatos que presenten sus documentos de forma electrónica podrán presentar al órgano de contratación, en soporte físico electrónico, una copia de seguridad de dichos documentos de acuerdo con los términos fijados mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, y siempre de acuerdo con lo establecido a tal efecto por el órgano de contratación. j) Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos. k) Como requisito para la tramitación de procedimientos de adjudicación de contratos por medios electrónicos, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registro de Licitadores que corresponda de los datos necesarios. Cuando a la licitación se presenten

empresarios extranjeros de un Estado Miembro de la Unión Europea o signatario del Espacio Económico Europeo, la acreditación de su capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar se podrá realizar bien mediante consulta en la correspondiente lista oficial de empresarios autorizados para contratar establecida por un Estado Miembro de la Unión Europea, o bien mediante la aportación de la documentación acreditativa de los citados extremos, que deberá presentar, en este último caso, en el plazo concedido para la presentación de la garantía definitiva. 2. Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del Sector Público.

Agrega la **disposición adicional decimoséptima**, como requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos: Las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos de proyectos y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados, que: a) Pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación, de la documentación asociada a estas y las del envío de los planos y proyectos. b) Pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos y documentos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados. c) Únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos y documentos recibidos. d) En las diferentes fases del procedimiento de contratación o del concurso de proyectos, solo las personas autorizadas puedan acceder a la totalidad o a parte de los datos y documentos presentados. e) Solo las personas autorizadas puedan dar acceso a los datos y documentos transmitidos, y solo después de la fecha especificada. f) Los datos y documentos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos solo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos. g) En caso de que se infrinjan o se intenten infringir las prohibiciones o condiciones de

acceso a que se refieren las letras b) a f) anteriores, pueda garantizarse razonablemente que las infracciones o tentativas sean claramente detectables.

Y completa toda esta materia, la **disposición final sexta** sobre la habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica: 1. Se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la disposición adicional decimosexta que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en esta Ley. 2. Igualmente, el Ministro de Hacienda y Función Pública, mediante Orden, definirá las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse en cumplimiento de la presente Ley y establecerá los modelos que deban utilizarse. 3. El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Hacienda y Función Pública y de Energía, Turismo y Agenda Digital, adoptará las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contraten con el sector público estatal, garantizando la gratuidad de los servicios de apoyo que se establezcan para las empresas cuya cifra de negocios en el año inmediatamente anterior y para el conjunto de sus actividades sea inferior al umbral que se fije en la Orden a que se refiere el párrafo anterior.

Capítulo 7: Comparación entre los sistemas de contratación pública de Argentina y España

Ámbito subjetivo de aplicación. Resultado de la comparación. Tipología. Atípicos o innominados. Etapas previas e integrantes de la preparación del contrato: Criterios de selección de candidatos o licitadores: requisitos de capacidad, aptitud y solvencia exigidos para participar en la licitación y formas de acreditación: Procedimientos de contratación y criterios de adjudicación del contrato. Ejecución y cumplimiento del contrato: modificación, resolución o rescisión y revocación. Control de las contrataciones. Rendición de cuentas. Control. Control en Argentina. Control interno. Control externo. Rendición de Cuentas en Argentina. Control en España. Control interno. Control externo. Rendición de cuentas en España.

VII.3. Comparación entre los sistemas de contrataciones públicas de Argentina y España: En esta parte de la tesis, realizaré una comparación de los procedimientos de contratación pública en Argentina y en España, con el afán de cotejarlos en los siguientes aspectos: ámbito subjetivo de aplicación, tipología, etapas previas e integrantes de la preparación del contrato, criterios de selección de candidatos o licitadores, procedimientos de contratación, criterios de adjudicación, ejecución y cumplimiento del contrato; que son los que considero más importantes a esos fines.

VII.3.1. Ámbito subjetivo de aplicación:

- **Argentina:** El art.2 del Dec. 1023/01 establece que ese régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N°24.156 y sus modificaciones, mientras que ésta dispone que sus disposiciones serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo a las Instituciones de Seguridad Social. No incluye a las Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Municipios ni otros organismos que tengan un régimen especial como AFIP y PAMI, ni a las empresas y sociedades del estado, fondos fiduciarios con participación estatal, entidades financieras del sector público nacional, los contratos de participación público-privado (Ley 27.328), entidades multilaterales de crédito como BID y Banco Mundial, las que voluntariamente pueden aplicar el sistema. Reitero la objeción de las exclusiones que hice más arriba, en el sentido que en todo caso el Decreto 1023/01 debió establecer que es aplicable supletoriamente en todos los casos que dichos entes no tuvieran normativa o regulación especial o específica distinta al régimen general.

Por el art. 39 del Decreto 1023/01, se dispone preceptivamente el deber de reglamentarlo de los Poderes Legislativo y Judicial y del Ministerio Público, lo que significa que el ordenamiento jurídico opta por la concepción material u objetiva de la función administrativa, de la que la actividad contractual constituye una parte

substantial, cualquiera sea la ubicación del sujeto contratante en los órganos esenciales del Estado¹⁷⁹.

-España: La ley 9/2017 establece en su art. 1 que a los efectos de esa ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

¹⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de Derecho Administrativo, 10ª. Ed. Actualizada y ampliada, T. II, Ed. La Ley, 2011, pp. 399.

g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

i) Los fondos sin personalidad jurídica.

j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:

a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo.

b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser

considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias administraciones públicas o dependientes de la misma, no se financien mayoritariamente con ingresos del mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

4. Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios

de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.

5. Asimismo, quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo.

Resultado de la comparación: Entiendo que el campo de aplicación en lo subjetivo de la ley española es mucho más amplio y comprensivo, así como explícito y detallista, que el de la ley y el decreto de Argentina. Las inclusiones más importantes que se pueden notar en el primero de los sistemas, es el de las entidades que sin ser poderes adjudicadores públicos, tienen relación con el interés general perseguido, como las fundaciones. Y párrafo aparte, lo que considero esencial que es la incorporación de los partidos políticos.

VII.3.2. Tipología: Los tipos de contratos incluidos y previstos son:

-Argentina: El art. 4º del Decreto 1023/01 especifica los de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultorías, alquileres con opción de compra, permutas, concesiones de uso de los bienes públicos y privados del Estado nacional, que celebren las entidades y jurisdicciones comprendidas en su ámbito de aplicación y **a todos aquellos contratos no excluidos expresamente**. De esta manera, la nómina de contratos es amplia y abarca a una indeterminación de contratos que aún no incluidos en el pormenor, también son alcanzados por el régimen por no estar excluidos expresamente.

-España: La Ley 09/92 puntualiza como contratos regulados por la misma a los de obra (art. 13), de concesión de obra (art. 14), de concesión de servicios (15), de

suministro (art. 16), de servicios (art. 17) y mixtos (art. 18) siendo estos últimos aquellos que contengan prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.

Resultado de la comparación: entiendo que la nómina o lista de contratos incluidos expresamente no puede ser considerada taxativa, sino que siempre la aplicación e interpretación de los sistemas de ambos países son flexibles, dinámicos y tratan de abarcar a todas las contrataciones que se consideran deben estar regidas por esas normas. Por otra parte, las clases de contratos, sus denominaciones y particularidades, responden casi siempre a cuestiones de hecho, de costumbre y uso de cada organización, por lo que estimo que no existen mayores diferencias entre las regulaciones en esta materia, sin perjuicio de los contratos que se tipifican expresamente.

VII.3.3. Atípicos o innominados: Los típicos o nominados son los que se presentan como figuras jurídicas definidas, distintas unas de otras, son los contratos que también se llaman “simples” que constituyen una unidad como tal. En los contratos innominados o atípicos por el contrario, puede ocurrir que aparezcan como la integración o combinación de dos o más contratos típicos o nominados, o como la integración o combinación de diferentes elementos de cada uno de ellos; son los denominados contratos “complejos” o “atípicos” regidos por las reglas generales de los contratos y por el fin perseguido al celebrarlos¹⁸⁰. También se caracteriza a los contratos como nominados, como aquellos que están designados por la ley bajo una denominación especial, y regulados por ella en sus caracteres y condiciones generales, como por ejemplo el de obra pública. Los que no lo están, son innominados. Incluso algunos autores sostienen que en el derecho administrativo no es posible hablar de la existencia de contratos innominados, ya que la actividad administrativa está reglada por el orden jurídico y subordinada a él, habiéndose calificado a dicho criterio como excesivamente riguroso, y criticado porque plantea la cuestión de manera incorrecta, ya que es cierto que muchos contratos administrativos están nominados y regidos por la ley, pero no es sostenible en

¹⁸⁰ COMADIRA J. R., ESCOLA H. J. y COMADIRA J. P., ob. cit., T. I, pp. 756-7.

cambio, que la administración pública, en el curso de gestión no pueda celebrar sino esos contratos y solamente esos. Por el contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negársele a la administración pública la posibilidad de celebrar otro tipo o clase de contratos, así como la de crear nuevas figuras contractuales, si así fuere menester. La exigencia es que siempre la administración pública debe mantenerse dentro de su competencia, ya que la misma no puede ser excedida. Si así lo ha hecho, no se puede dejar de reconocer validez al contrato que haya celebrado, aún cuando al concertarlo se haya apartado de los tipos o clases instituidas específicamente por la ley, o sea, aún cuando haya perfeccionado un contrato innominado, ya que lo contrario implicaría limitar el accionar administrativo a márgenes excesivamente estrechos y restarle la fluidez y dinámica que le es necesaria para afrontar las variadas situaciones que se ofrecen para la praxis administrativa¹⁸¹.

Resultado de la comparación: Por ello estimo que también en este aspecto, los sistemas normativos son equivalentes, más allá de las distintas realidades en cuanto a las contrataciones atípicas que se concreten y realicen.

VII.3.4. Etapas previas e integrantes de la preparación del contrato:

-Argentina: En cuanto a la determinación de la necesidad de la contratación que se pretenda realizar por la administración pública nacional, el art. 8 del Decreto 1030/16, establece que son las unidades operativas de contrataciones, las que elaborarán el plan anual de contrataciones, de conformidad con los créditos asignados en la respectiva Ley de Presupuesto, el que debe ser aprobado por el titular de las mismas o autoridad superior competente; a esos fines, las unidades requirentes deberán informar sobre lo que les requiera la unidad operativa de contrataciones; se prevé que cuando la naturaleza de las actividades, las condiciones de comercialización u otras circunstancias lo hicieren necesario, se efectuará la programación por períodos mayores a un año. La Oficina Nacional de Contrataciones centralizará toda la información

¹⁸¹ Idem, pp. 754-5.

resultante de los planes anuales de contrataciones y los difundirá en su sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones.

Señalaba Julio R. Comadira, que hoy en día pueden enunciarse, entre otros y según el caso, los siguientes actos configurativos del iter licitatorio: a) habilitación presupuestaria, porque el art. 6 del Decreto 1023/01 (sustituido por el art. 3 del Decreto 666/03) determina que cada jurisdicción o entidad formalizará su programa de contrataciones, ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional; b) autorización para realizar el gasto; c) elaboración de los pliegos; d) publicación del acto de llamado; e) compra de pliegos por los postulantes; f) pedidos de aclaraciones de los eventuales oferentes; g) aclaraciones de la administración; h) presentación de ofertas; i) acto de apertura de ofertas (sobre 1); j) impugnaciones recíprocas de los oferentes respecto de las ofertas de los demás; k) etapa de evaluación de las ofertas por la administración; l) preselección o precalificación discernida a los oferentes en relación al sobre 1); ll) eventual impugnación de los oferentes no preseleccionados o precalificados; m) decisión de esas impugnaciones de los oferentes no preseleccionados o no precalificados; n) apertura del sobre 2); ñ) preadjudicación; o) eventual impugnación de los oferentes no preadjudicados; p) decisiones de las impugnaciones contra la preadjudicación y adjudicación; q) suscripción del contrato; r) aprobación del contrato¹⁸². Con posterioridad, el mismo autor advirtió que la experiencia indica que según las modalidades actuales, positivizada en el marco del Decreto 1023/01, del Decreto 436/2000 y de la Resolución 515/2000 de la Secretaría de Hacienda, los actos constitutivos de la selección licitatoria pueden ascender incluso a más de veinte¹⁸³.

Respecto a la elaboración de los pliegos y documentación que instrumentan el llamado a la contratación, el art. 11 del Decreto 1023/01 establece que deben realizarse mediante el dictado del acto administrativo

¹⁸² COMADIRA, Julio Rodolfo. Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, Otros Estudio, 2ª. Ed. Actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pp. 276/277.

¹⁸³ COMADIRA J. R., ESCOLA H. J. y COMADIRA J. P., ob. cit., pág. 800.

respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley N°19549 (de Procedimientos Administrativos), debiéndose cumplir con esas condiciones, las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección; b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

Es importante señalar que de acuerdo al art. 19 del Decreto 1023/01 existe amplia posibilidad de controlar el procedimiento contractual, ya que toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones, hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas, considerándose la negativa infundada de dar vista de las actuaciones, como falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla, aclarándose que la vista del expediente no interrumpe los plazos.

El art. 9 del Decreto 1030/16 establece cuales son las autoridades con competencia para dictar: a) La autorización de la convocatoria y elección del procedimiento de selección; b) La aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares, entre otros actos. Y también resulta importante resaltar que de acuerdo a este mismo artículo, al final del mismo se dispone que los funcionarios que autoricen la convocatoria, los que elijan el procedimiento de selección aplicable y los que requieran la prestación, siempre que el procedimiento se lleve a cabo de acuerdo a sus requerimientos, serán responsables de la razonabilidad del proyecto, en el sentido que las especificaciones y requisitos técnicos estipulados, cantidades, plazos de entrega o prestación, y demás condiciones fijadas en las contrataciones, sean las adecuadas para satisfacer las necesidades a ser atendidas, en tiempo y forma, y cumpliendo con los principios de eficiencia, eficacia, economía y ética.

-España: La Ley 09/17, en su Libro Primero: Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, en el TÍTULO I: Disposiciones generales sobre la contratación del sector público,

CAPÍTULO I: Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público, dispone en su art. 28: Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación. 1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. 2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley. 3. De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta. 4. Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.

Por otra parte, el Título II sobre partes en el contrato, en su Capítulo I acerca del Órgano de Aplicación, establece en el art. 61 respecto de la competencia para contratar, que la representación de las entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan

atribuída la facultad de celebrar contratos en su nombre. Los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación. Es muy importante lo que preceptúa el art. 62, estableciendo al responsable del contrato, especificando que con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246. 3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.

El art.100, sobre el Presupuesto base de licitación dispone que a los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. Para ello presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría.

El art. 121 regula lo referente a los pliegos de cláusulas administrativas generales que el Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, y previo dictamen del Consejo de Estado, podrá aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, que deberán ajustarse en su contenido a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo, para su utilización en los contratos que se celebren por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal. Las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local podrán aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, si lo hubiera.

El art. 122 preceptúa que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones. En estos pliegos se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

Se prevé que los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el apartado 1 del artículo 192, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f) del apartado 1 del artículo 211. Asimismo, para los casos de incumplimiento de lo prevenido en los artículos 130 y 201. Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponderá al órgano de contratación, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado deberá informar con carácter previo todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales. En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, la aprobación de los pliegos y de los modelos requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo. Este informe no será necesario cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe. El art. 123 regula lo relativo al pliego de prescripciones técnicas generales. Previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, podrá establecer los pliegos de prescripciones técnicas generales a que hayan de ajustarse la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal. Agrega el art. 124 sobre el pliego de prescripciones técnicas particulares que el órgano de

contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Resultado de la comparación: En general, la regulación normativa española resulta con mejor organización, estructuración, desarrollo, exigencias y especificaciones; pero estimo que el marco jurídico argentino si bien no es equivalente al español, tiene las previsiones y características que permiten a mi criterio, cubrir las expectativas de lo que desarrollé al tratar las implicancias (Punto VI.2.) y los objetivos (Punto VI.3) de la contratación pública, por lo que concluyo que ambos sistemas alcanzan las calidades y estándares exigibles en esta clase de legislaciones.

VII.3.5. Criterios de selección de candidatos o licitadores: requisitos de capacidad, aptitud y solvencia exigidos para participar en la licitación y formas de acreditación:

-Argentina: Además de la administración pública, el otro sujeto de la relación contractual, es por lo común una persona particular, que puede ser tanto una persona individual como jurídica, nacional o extranjera, domiciliada fuera o dentro de la República, que esté encuadrada dentro de las normas previstas para el caso por los ordenamientos que sean aplicables a las contrataciones del Estado. Esas personas físicas o jurídicas deben tener la capacidad necesaria para contratar y celebrar el contrato de que se trate, lo que resultará de las normas del derecho privado que la rijan, y de las normas administrativas que traten y regulen esta materia, las que si existen son de aplicación inexcusable.

El art. 27 del Decreto 1023/01 bajo el título “Personas habilitadas para contratar”, establece que pueden hacerlo las personas físicas o jurídicas con capacidad para obligarse, que estén comprendidas en las previsiones del art. 28 y que se encuentren incorporadas a la base de dato que diseñará, implementará y administrará el órgano rector, en oportunidad del comienzo del período de evaluación de las ofertas, en las condiciones que fije la reglamentación; y establece expresamente que la inscripción previa no será requisito exigible para presentar ofertas. El art. 28 con el título Personas no Habilitadas, dispone que no podrán contratar con la administración nacional: las personas físicas o jurídicas que se encuentren sancionadas, los agentes y funcionarios del sector público provincial y las empresas en las que aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar su voluntad social según la Ley de Ética Pública 25188; las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, contra la administración pública nacional, contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la corrupción; las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias o previsionales; las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del art. 80 de la Ley 24156; los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales durante el tiempo que permanezca en dicho Registro.

El Decreto 893/12, reglamentario del Decreto 1023/01, que establece según sus considerandos, tratamientos diferenciados para cada tipo de selección del contratista estatal, así como de las nuevas modalidades de contratación y determinación de reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer la eficiencia, eficacia, economía, sencillez y ética en la gestión de las contrataciones estatales; buscando superar la situación normativa de ese momento, constituyendo un avance hacia la seguridad jurídica y la transparencia en las acciones de la Administración Pública Nacional; este Decreto 893/12, en su Título VIII, art. 228 instituye el Sistema de Información de Proveedores, como lo preveían los arts. 25 y 27 del Decreto 1023/01; por el art. 229 preceptúa que en el mismo se inscribirá a quienes presenten

ofertas en los procedimientos de selección llevados a cabo por las jurisdicciones y entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto 1023/01 y sus modificaciones, salvo las excepciones que se establezcan en ese reglamento o que disponga la Oficina Nacional de Contrataciones, no constituyendo requisito exigible para presentar ofertas la inscripción previa en el Sistema mencionado. El objeto del Sistema creado dice el art. 230 es registrar información relativa a los proveedores, sus antecedentes, historial de procedimientos de selección en los que se hubieren presentado como oferentes, historial de contratos, órdenes de compra o venta, incumplimiento contractuales y extracontractuales, en ambos casos por causas imputables al proveedor, sanciones de apercibimientos, suspensión e inhabilitación y toda otra información que la Oficina Nacional de Contrataciones considere de utilidad. La Oficina Nacional de Contrataciones, según regula el art. 231, podrá disponer el suministro de otro tipo de información a los fines de la incorporación de los proveedores al sistema, y el art. 232 determina que la inscripción en el Sistema tendrá una vigencia de un año, pudiendo el proveedor renovarla pagando la matrícula anual y actualizando los datos que correspondan. La inscripción es requisito indispensable para que los organismos públicos contratantes adjudiquen a quienes no tuvieren vigente su inscripción; estando vigente la inscripción, el proveedor podrá participar de las actividades de capacitación, será informado de las convocatorias efectuadas por los organismos y podrá ser invitado a cotizar en las licitaciones privadas que se convoquen. Los arts. 233 y 234, prevén la preinscripción al Sistema, detallándose todos los requisitos, documentación e información que deben acompañar al efecto, disponiendo el art. 235 que a los fines de la inscripción en el Sistema, los oferentes deberán complementar su preinscripción, presentando junto con la oferta, siempre que no se disponga de otra manera en las normas específicas para cada tipo de procedimientos de selección, la información suministrada en la Preinscripción utilizando los formularios estándar que aprueba la Oficina Nacional de Contrataciones y la documentación respaldatoria de dicha información. El art. 236 establece que los interesados en participar en procedimientos de selección que ya estuvieran inscriptos en el Sistema, deberán presentar junto con la oferta, la Declaración Jurada de que no se

encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad para contratar y si los datos incorporados en el sistema hubieren variado, deberán actualizarlos en la misma forma prevista para la presentación original. El art. 237 establece que dentro de los dos días hábiles siguientes a efectuado el acto de apertura de ofertas, la unidad operativa de contrataciones deberán ingresar al sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones y verificar el contenido de la información que el oferente en cuestión hubiese cargado al realizar la preinscripción, y en caso de constarse que los datos ingresados se corresponden íntegramente con la documentación aportada por los interesados, la unidad operativa de contrataciones deberá proceder a autorizarlos y permitir así a la Oficina Nacional de Contrataciones tener acceso a los mismos para la inscripción del proveedor en el Sistema. En caso de constatarse algún error u omisión en los datos ingresados en la preinscripción, o de la presentación de algún formulario o documentación o cuando no hubiera realizado la preinscripción, será intimado por la oficina operativa de contrataciones a subsanar los defectos en el término de dos días hábiles, y si ello no se subsanaren ese plazo, no será incorporado al mencionado Sistema y su oferta no será considerada en el procedimiento de selección en trámite. El art. 240 dispone que no será exigible el requisito de incorporación al Sistema de Información de Proveedores para los postores en subasta pública, los oferentes en venta de bienes de propiedad del estado, los locadores que arrienden al estado, salvo en los casos que dicha actividad sea regular o habitual; los oferentes en permuta de un bien inmueble por otro inmueble, los que se presenten en procedimientos que se sustancien en países extranjeros y en las contrataciones directas encuadradas en el apartado 5 del inciso d) del art. 25 del Decreto 1023.

-España: El art. 95 de la Ley 09/17 preceptúa las normas generales y especiales sobre capacidad, específicamente las condiciones de aptitud, determinando que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija la ley

se encuentren debidamente clasificadas. Cuando así lo determine la normativa aplicable, y se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo. También deberán contar los contratistas, con la habilitación profesional o empresarial que en su caso sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato. En los contratos subvencionados del art. 23 de esta ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar de la letra a) del apartado y del art. 71.

El art. 66 establece que las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios; quienes concurren individual o conjuntamente con otros, a la licitación de una concesión de obras o servicios, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.

La Ley 09/17 dispone en su Título II, de Registros Oficiales, en su Capítulo I, que los de licitadores y empresas clasificadas del sector público tiene por objeto la inscripción de los datos y circunstancias que resulten relevantes para acreditar las condiciones de aptitud de los empresarios para contratar con las Administraciones Públicas y demás organismos y entidades del sector público, incluidas las facultades de sus representantes y apoderados, así como la acreditación de todo ello ante cualquier órgano de contratación del sector público. El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público dependerá del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y su llevanza corresponderá a los órganos de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Las Comunidades Autónomas que opten por no llevar el registro al que se refiere el artículo 341 podrán practicar inscripciones en el registro al que se refiere el presente

artículo, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 340. El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público estará interconectado y será interoperable con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado. Los órganos de contratación consultarán el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público para verificar la inscripción de los poderes. Si los poderes no estuvieran inscritos, consultarán subsidiariamente los registros generales de de apoderamientos de las Administraciones Públicas. La consulta a dichos registros se realizará a través del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado. En caso de discrepancia entre los poderes inscritos, prevalecerá el inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público frente a los inscritos en cualquier otro registro de apoderamientos.

Resultado de la comparación: de la exposición que realicé anteriormente respecto a este tema, surge que ambas regulaciones normativas, argentina y española, tienen una gran similitud, y pueden considerarse equivalentes, sin perjuicio de que en algunas cuestiones en particular, alguna de ellas puede ser más precisa o desarrollada que la otra. Pero en términos generales considero a las mismas como satisfactorias.

VII.3.6. Procedimientos de contratación y criterios de adjudicación del contrato:

-Argentina: La doctrina nacional señalaba en su gran mayoría, que el principio general en materia de selección de contratistas estatales debe ser el de la libre elección, conforme con el cual, en ausencia de norma expresa que establezca un procedimiento o contrato específico, la Administración puede elegir directa y discrecionalmente al cocontratante, sin más licitaciones que las que resultan válidamente oponibles a la actividad administrativa discrecional¹⁸⁴. Mairenhoff apoyó esta postura con fundamentos constitucionales, afirmando sintéticamente que siendo la contratación pública un aspecto propio de la administración general del país, y no conteniendo la constitución limitación específica alguna no cabe

¹⁸⁴ BERCAITZ, Miguel. Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, 312; ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 233; MAIRAL, Héctor. Licitación Pública, Buenos Aires, 1975, p. 4.

concluir sino que para seleccionar a los contratantes tiene el Estado amplia libertad¹⁸⁵. De acuerdo a esta postura, las restricciones a esa libertad sólo serán exigibles excepcionalmente, cuando una norma así lo imponga, requiriendo un determinado procedimiento o clase de contratación, lo que en ese caso, significará un requisito de cumplimiento inexcusable.

Ese criterio fue admitido por la CSJN, cuando sostuvo que más allá de las discusiones doctrinarias, en el ámbito jurisdiccional, a falta de norma expresa que exija licitación pública para elegir cocontratante, o sea ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto¹⁸⁶.

Otra corriente doctrinaria presentaba a la licitación pública como la regla general para toda contratación administrativa, con el fin de asegurar la legalidad, moralidad, conveniencia y limitación de la discrecionalidad de los agentes públicos intervinientes¹⁸⁷; planteándose desde otra mirada, la selección misma del contratista estatal como un principio básico y fundamental de la actividad contractual del Estado, configurado por la presencia de ciertos datos invariables, como la concurrencia, la correcta conducta de las partes en la puja y el carácter público del proceso¹⁸⁸; por lo que propuesto así el principio de selección del cocontratante, también denominado seleccionabilidad, adquiere el carácter de regla aplicable a todo contrato administrativo, incluyendo a la licitación¹⁸⁹; por último, un autor en procura de superar las discusiones en esta materia, indicó que al implicar el principio de la libre elección, por imperio de las disposiciones constitucionales, el respeto de la concurrencia, el principio en la materia debería ser en ausencia de previsión normativa en contrario, el de la libre elección por la Administración de cualquier mecanismo de selección que asegure la concurrencia de los postulantes¹⁹⁰.

¹⁸⁵ MARIENHOFF, Miguel. Contratos de la Administración Pública, La selección del cocontratante de la Administración, Rev. El Derecho, Buenos Aires, T. 110, p. 1009.

¹⁸⁶ Fallos: 301: 292; 311:2385.

¹⁸⁷ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1955, T. II, p. 162; BEZZI, Osvaldo, El contrato de obra pública, Buenos Aires, 1981, p 38.

¹⁸⁸ FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael. Licitación Pública, Buenos Aires, 1972, pp. 42 y ss.

¹⁸⁹ FIORINI, Bartolomé. Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1976, T. I, p. 67; BARRA, Rodolfo, Principios de derecho administrativo, Buenos Aires, 1980, p. 209.

¹⁹⁰ MERTEHIKIAN, Eduardo. Ley de administración financiera y control de gestión, Buenos Aires, 1997, pp. 212-3.

Lo cierto es que el art. 24 del Decreto 1023/01 establece que en Argentina la selección del contratista para la ejecución de los contratos comprendidos en el régimen que fija su art. 4, se hará por regla general mediante licitación o concurso públicos, según corresponda, siendo procedente la selección por subasta pública, licitación o concursos privados (art. 24 según texto del Decreto 666/03) o contratación directa sólo en los casos previstos taxativamente en el art. 25¹⁹¹.

El Decreto 1023/01 establece cuales son los criterios que deben seguirse para la elección de los procedimientos de contratación que prevé a modo enunciativo, que son la licitación o concurso público, subasta pública, licitación o concurso abreviado o privado y contratación directa, ponderando el cumplimiento de los objetivos de economía, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos; las características de los bienes o servicios; el monto estimado del contrato; las condiciones del mercado; y las razones de urgencia o emergencia. La clase del procedimiento puede ser nacional o internacional de etapa única o múltiple. Y las modalidades de las contrataciones son la iniciativa privada, llave en mano, orden de compra abierta, consolidada, precio máximo, acuerdo marco y concurso de proyectos integrales (art. 25 del Decreto reglamentario)¹⁹².

La manera de seleccionar al cocontratante, se encuentra regulada en el art. 15 del Decreto 1023/01 cuando establece que la adjudicación deberá realizarse a favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta; dicha regla es aplicable a todos los procedimientos de selección, por lo que con mayor razón aún es aplicable cuando se selecciona al contratista mediante licitación¹⁹³. Sin embargo, hay dificultades para aplicar un criterio uniforme que defina el principio aplicable para realizar la selección ante la ausencia de pautas indicadoras en el pliego; en los contratos típicos como el de obras públicas, cuya ley se inclina por el criterio de la oferta más conveniente¹⁹⁴, erigiéndose el criterio en el conocido como

¹⁹¹ COMADIRA, J. R., ob. cit. pp. 300-1; CASSAGNE, J. C., ob. cit., p. 409.

¹⁹² BALBIN, C., ob. cit., p. 612.

¹⁹³ CASSAGNE, J. C., ob. cit. p.442.

¹⁹⁴ art. 18 Ley 13.064.

concepto jurídico indeterminado¹⁹⁵. La determinación de la oferta más conveniente tiene elementos subjetivos y objetivos de comparación que pueden tener apreciaciones y resultados disímiles, más aún cuando el art. 15 del Decreto 1023/01 habla de la ponderación de las “demás condiciones de las ofertas”, por lo que se estima imprescindible establecer en el pliego de bases y condiciones generales el sistema y el procedimiento que regirá para la adjudicación de la oferta, tanto en garantía del principio de concurrencia como el de igualdad. En la práctica administrativa se viene imponiendo por mayor automatismo y transparencia, el sistema del doble sobre, propio del concurso público o licitación, en el que la administración primeramente sólo examina los antecedentes generales del oferentes, y después, los específicos de la contratación, lo que combinado con un sistema de puntaje mínimo que permite eliminar a los que no alcanzan a reunir los requisitos indispensables, permite que todos los oferentes elegidos se encuentren en condiciones para ofertar el precio en el segundo sobre. Tratándose de venta de bienes del Estado Nacional, mediante subasta (art. 25 inc. b, Decreto 1023/01, o privatizaciones de empresas, la adjudicación ha de efectuarse por principio, a la propuesta que ofrezca el precio más alto, lo que implica la adopción de una regla distinta, que se funda en la diferencia de objeto y de fines que en tales casos persigue la Administración, al procurar la obtención de mayores ingresos derivados de la transferencia del sector privado. Cabe aclarar que la determinación de la oferta más conveniente, es susceptible de la más amplia revisión judicial respecto a la legalidad y razonabilidad de la comparación, debiendo cumplir el acto de preadjudicación que normalmente lo hace una Comisión instituida a dicho efecto, el requisito de la motivación, debiéndose expresar el criterio objetivo y real que permitió seleccionar la propuesta en cada caso¹⁹⁶.

-España: La ley 9/17 en su art. 131 contiene la nómina de los procedimientos de adjudicación, estableciendo que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas de la presente sección; en ella, la

¹⁹⁵ SESSIN, Domingo Juan. La determinación de la oferta mas conveniente en los contratos administrativos, en AAVV, Cuestiones de contratos administrativos, Jornadas organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, Revista Administración Pública, Buenos Aires, 2017, pp. 125-142.

¹⁹⁶ CSJN, Fallos: 315:1561, año 1992.

adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento. En los supuestos del art. 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el art. 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación; y en los indicados en el art. 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación; los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118. En los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, no serán de aplicación las disposiciones de esta Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato. Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución. En los concursos de proyectos se seguirá el procedimiento regulado en la Subsección 7.^a de esta sección.

La vigencia de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia en esta materia están determinados por el art. 132, que dispone que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

La misma Ley 9/17 en su art. 14 regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato disponiendo que la adjudicación de los contratos se realizara utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al art. 148. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos; los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: 1) La calidad, incluido el valor técnico; las características estéticas y funcionales; la accesibilidad; el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias; las características sociales, medioambientales e innovadoras; y la comercialización y sus condiciones; Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Las características sociales del contrato se

referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato. La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución. 2) El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro. Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148. 3) La aplicación de más de un criterio de adjudicación procederá, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos: a) Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores. b) Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución. c) Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas. d)

Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja. e) Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios. f) Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación. En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación. h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos. 4) Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura. En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los

contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146. 5) Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores. 6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de

conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento. Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato. Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

El criterio de la mejor relación calidad-precio que establece la mencionada norma, como criterio de adjudicación del contrato, se desarrolla a través de una detallada y compleja regulación sobre la selección y aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos. Este concepto sustituye nominalmente al de “oferta económica más ventajosa”. La mejor relación calidad-precio se evaluará atendiendo a criterios económicos y cualitativos. Entre los criterios cualitativos, el órgano de contratación podrá incluir aspectos sociales o medioambientales vinculados al objeto del contrato. Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes de las prestaciones ofertadas, como el precio o la rentabilidad o el coste del ciclo de vida. No podrán emplearse solo criterios cualitativos; estos deberán ir acompañados en todo caso de un criterio relacionado con los costes, que podrá ser, a elección del órgano de contratación, el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad.

Con referencia a los procedimientos de adjudicación, la LCSP introduce el procedimiento abierto simplificado, el procedimiento de asociación para la innovación y el procedimiento de licitación con negociación.

El procedimiento abierto simplificado resulta de aplicación a contratos de obras, suministros y servicios que no superen determinados umbrales, y siempre que no incluyan ningún criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor o, de incluirlo, su ponderación no supere determinados porcentajes. Los trámites se simplifican, se acortan los plazos y se introducen algunas particularidades: la documentación se presenta en un solo sobre (salvo que existan criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor), no se exige garantía provisional

y los licitadores, con la excepción de los de Estados miembros de la UE o del EEE, deben estar inscritos en el correspondiente Registro de Licitadores.

El nuevo procedimiento de asociación para la innovación está previsto para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Tras la convocatoria de licitación y la presentación de solicitudes de participación, el órgano de contratación selecciona a los candidatos que pueden formular ofertas. A continuación, el órgano de contratación crea una asociación con uno o varios socios que realicen por separado actividades de investigación y desarrollo. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas que podrán culminar con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

El procedimiento de licitación con negociación será aplicable en aquellos casos en que: 1) sea necesario realizar un trabajo previo de diseño o adaptación de la prestación al caso concreto por parte de los licitadores; 2) la prestación incluya un proyecto o soluciones innovadoras; 3) concurren circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación o a los riesgos que su realización implica que exijan la existencia de una negociación; 4) no se puedan establecer previamente con suficiente precisión las prescripciones técnicas; 5) en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hayan presentado ofertas irregulares o inaceptables; o 6) se trate de servicios sociales personalísimos. El procedimiento, al que tendrán acceso los licitadores invitados de acuerdo con reglas similares a las propias del procedimiento restringido, dará lugar a una negociación de los términos del contrato con los licitadores invitados, que se podrá desarrollar a través de sucesivas fases selectivas.

La LCSP mantiene el procedimiento de diálogo competitivo, ampliando sus supuestos de aplicación, que serán los mismos que los del procedimiento de licitación con negociación, e incluye una regulación más amplia de las primas o compensaciones que se establezcan para los participantes en el diálogo.

En relación con los procedimientos de adjudicación, cabe señalar que la LCSP elimina el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, que queda sustituido por el procedimiento abierto simplificado.

Resultado de la comparación: en esta materia sendas normativas relacionadas con los criterios de selección de postulantes a las contrataciones, y los criterios para determinar la adjudicación de ellas, las considero también muy parecidas y equivalentes, sin perjuicio de las peculiaridades y distinciones que cada una de ellas presenta. En general, estimo que reúnen los estándares suficientes como para lograr un buen resultado en la aplicación de sendas regulaciones, siempre que se cumplan efectivamente sus previsiones.

VII.3.7. Ejecución y cumplimiento del contrato: modificación, resolución o rescisión y revocación: Como sucede con toda clase de contratos, el principio es que lo que está estipulado por las partes, debe cumplirse ya que se trata como la ley misma pactada entre las mismas, y que ese principio sede sólo en casos especiales, pudiendo ser cambiadas o mutadas cuando lo impone el interés público pero sin que se llegue a alterar el objeto ni el contenido de la convención celebrada.

-Argentina:

Cumplimiento: El Estado y sus reparticiones públicas deben básicamente pagar el precio comprometido en el plazo pactado, recibir los bienes o servicios y, en su caso, recomponer el contrato. Por su parte, el contratista debe cumplir con el objeto o prestación en el plazo convenido, dar las garantías del caso, recomponer el contrato, y ejecutarlo por sí mismo, salvo los casos de excepción y con la autorización del Estado contratante. Una de las diferencias más importantes entre el derecho público y el privado en este último cualquier parte puede obligar a la otra al cumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como lo establece el art. 724 del Código Civil que establece en materia contractual, que la obligación es una relación jurídica en virtud del cual el acreedor tiene derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito, y ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés, disponiendo en el art. 1097 que la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su

cumplimiento, por lo que el incumplimiento contractual en el ámbito privado, no se resuelve necesariamente con el pago de las indemnizaciones sino que la parte puede obligar a la otra al cumplimiento de las obligaciones convenidas por sí o por otra persona. En el derecho público de las contrataciones, el Estado puede incumplir sus obligaciones por razones de interés público, en cuyo caso el contratista no puede obligarlo por sí o por el Juez al cumplimiento de sus obligaciones, sin perjuicio del pago de las correspondientes indemnizaciones. Además, el contratista particular debe cumplir con sus obligaciones y cuando pretende resolver el contrato debe en principio seguir cumpliendo sus obligaciones, y reclamar judicialmente, o sea no puede suspender el cumplimiento de sus compromisos, siendo la excepción de incumplimiento más limitado. Sólo puede dejar de ejecutar el contrato cuando se torne imposible por fuerza mayor, caso fortuito, hecho del príncipe o incumplimiento de las obligaciones del Estado, debiendo iniciar las acciones judiciales con la finalidad de extinguir el contrato¹⁹⁷.

Modificación: La doctrina administrativa reconoce que el principio en la contratación pública es la mutabilidad, en primer lugar, porque la administración pública puede ejercer la potestad de variar por sí sola lo que se haya fijado en las convenciones contractuales, encuentra su fundamento y razón de ser en la satisfacción de las necesidades del interés público que tiene encomendadas en custodia y gestión. Puede dicha facultad estar incluida en cláusulas expresas de los contratos, pero aún si no lo están se consideran vigentes implícita o virtualmente, sin que dicha facultad del *ius variandi* de la Administración pueda extenderse a supuestos en que no se alegó ni demostró el interés público que resultaría comprendido. O sea la mutabilidad del contrato debe ser limitada y sujeta a principios de razonabilidad¹⁹⁸.

Las modificaciones que puede introducir la administración en sus contratos pueden consistir tanto en un aumento como en una disminución de las prestaciones, y pueden ser modificaciones directas, consecuencia de actos que traigan ese resultado, o indirectas, que son las que producen actos que producen ese

¹⁹⁷ CASSAGNE, J.C., ob. cit., pp. 450-1.

¹⁹⁸ COMADIRA J.R., ESCOLA H.J y COMADIRA J.P., ob. cit., p. 889.

resultado aunque no buscan esas alteraciones de la contratación. La mutabilidad del contrato puede recaer sobre su duración, sobre el volumen o cantidad de las prestaciones y obligaciones del contratante particular, o sobre las condiciones, la forma y el modo de ejecución de ellas.

La potestad modificatoria puede dar lugar a que la administración, al ejercerla recaiga en reales desviaciones de poder, que viciarán los actos que en ese sentido se cumplan, generando responsabilidad para la administración, y ello ocurrirá cuando invocándose razones de de interés público se encubran fines ilegítimos como el perjuicio directo del contratante particular o la rescisión del contrato¹⁹⁹.

El Decreto 1023/01 en su art. 12 reconoce que el Estado puede modificar el contrato, siendo su fundamento, como ya dije, el carácter cambiante del interés público y las necesidades de adaptar las conductas estatales en torno de este. En ciertos casos el Estado debe modificar el objeto del contrato, siempre que ocurran las siguientes circunstancias: a) que el cambio de las condiciones sea objetivo; b) que las modificaciones del objeto contractual sean necesarias y razonables; y c) que no se altere el fin y la sustancia del contrato, respetándose además los límites legales y el equilibrio económico del convenio. Consecuentemente, como también lo dije antes, la modificación contractual no puede perjudicar el principio de igualdad ni el de libre concurrencia de los oferentes no adjudicatarios, por lo que no se puede modificar el fin y el objeto del contrato, este último en su aspecto sustancial, permitiéndose variar otros aspectos como el plazo y las extensiones del objeto. En caso de modificación del objeto, debe respetar el equilibrio económico del contrato, por lo que si la modificación unilateral del contrato lesionara derechos adquiridos, entonces el Estado deberá indemnizar²⁰⁰.

Resolución: En el derecho de los contratos públicos en Argentina, la resolución de los mismos es la extinción por hechos extraños a las partes, esto es por

¹⁹⁹ Idem, p. 890.

²⁰⁰ BALBIN, C., ob. cit. p. 628.

caso fortuito o fuerza mayor, por hechos del príncipe o el Estado y por la aplicación del instituto o teoría de la imprevisión.

El caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo al art. 1730 del Código Civil es el hecho que no ha podido ser previsto o que previsto, no ha podido ser evitado; el caso fortuito o fuerza mayor, exime de responsabilidad. El Decreto 1023/01 establece que el contratante está obligado a cumplir las prescripciones por sí mismo y en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambas de carácter natural, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución contractual (art. 13 inc. c).

Los actos del Estado que constituyen actos del príncipe imponen distinguir entre los actos del estado contratante y los actos de otros órganos o entes del Estado. Así cuando el hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones es cualquier decisión de otro órgano, ente o poder estatal, entonces el caso debe ubicarse en el marco del hecho del príncipe, siempre que exista imposibilidad de ejecución contractual, liberando al contratista particular siempre que el hecho hubiese resultado imprevisible. En caso de resolución por esta causal el Estado debe resarcir al contratante particular, siendo la indemnización plena, o sea comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, según los precedentes de la CSJN en los casos Sánchez Granel (Fallos: 306:409, 1984).

La resolución del contrato por hechos naturales ajenos al contratista, denominada con la causal de imprevisión, también es un supuesto derivado de circunstancias sobrevinientes extraordinarias e imprevisibles, que obstaculizan o dificultan el cumplimiento del contrato, pero que en ciertos casos pueden tornar de ejecución imposible el contrato mismo, y en este caso, el contratante en particular, no tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios. Está prevista en el art. 13 inc. a) del Decreto 1023/01 que determina la causal de resolución por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles de origen natural que tornan excesivamente onerosas las prestaciones contractuales.

Rescisión: Es el acto de extinción por culpa de alguna de las partes o por acuerdo expreso entre las mismas.

En el caso de la rescisión por incumplimiento de las obligaciones del contratista, porque el último no cumple con sus obligaciones, el Estado debe extinguir el contrato, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, salvo que en aquellos casos en que optara por la aceptación de la prestación en forma extemporánea según lo determina el art. 93 del Decreto Reglamentario 1036/16. O sea, el Estado puede optar ante el incumplimiento del contratista particular entre exigir el cumplimiento, aplicando las penalidades del caso más los daños y perjuicios, o rescindir el contrato por sí y ante sí, sin intervención judicial.

En el supuesto de la rescisión del contrato por razones imputables al Estado, porque el mismo no cumplió con las obligaciones a su cargo, la rescisión debe ser demandada judicialmente, y consecuentemente, el Estado debe responder de modo pleno, o sea, por el daño emergente y el lucro cesante.

Por último el distracto es el acuerdo de las partes para poner punto final a un contrato público por voluntad de las mismas, y obviamente, se rige, por las estipulaciones que se consignen en dicho pacto. Se la llama también rescisión convencional del contrato, o sea por el pacto de las mismas partes que lo concertaron, que ahora se ponen de acuerdo para darle fin al mismo; como adelanté, es la voluntad acordada de las partes la que determinará los efectos de la extinción del contrato, los que por lo general se limitarán al pago de la parte del precio contractual que corresponde y la liquidación definitiva de la situación contractual según su estado, quedando excluidas en principio, las indemnizaciones o posibles compensaciones del contratista particular, salvo casos de excepción en que ha prevalecido la voluntad rescisoria de la administración, simplemente aceptada, pero no querida por el contratista²⁰¹.

²⁰¹ COMADIRA J.R., ESCOLA H. J y COMADIRA J.P., ob. cit., p. 913.

Revocación: Es el acto estatal que extingue el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia; o por cuestiones de ilegitimidad. También alguna doctrina incluye en esta causal el pacto comisorio expreso y el tácito.

Si bien es cierto que la doctrina española no otorga mayor trascendencia a esta figura extintiva²⁰², tuvo acogida en la doctrina argentina y terminó incorporándose al ordenamiento positivo en la LNPA art. 18 in fine, y art. 96 del Decreto 436/2000, estableciendo la primera que también podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causara a la administración; mientras que el segundo dispone que cuando la Administración Pública Nacional revoque o rescinda un contrato por causas no imputables al proveedor, este último tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que probare haber incurrido con motivo del contrato. Como dice Cassagne, con ello se pretendió zanjar la discusión de que si constituía o no una prerrogativa que la administración podía ejercer en el marco de los actos administrativos unilaterales en su formación. La falta de precisión y ambigüedad del precepto dio origen a nuevos no menores problemas de interpretación. El Decreto 1023/01 en su art. 12 otorga a la administración pública el derecho a la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, agregando que ello no generará indemnización en concepto de lucro cesante²⁰³. El Decreto reglamentario 1036/16 en su art. 131 dispone que la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generara derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente que resulte debidamente acreditado. La CSJN en el caso Granel ya citado, admitió la procedencia del resarcimiento pleno en tales casos, ordenando la indemnización del daño emergente y del daño cesante.

En la revocación por razones de ilegitimidad el Estado decide resolver el contrato por los vicios que tiene desde sus orígenes o por aquellos que sobrevienen en su desarrollo, siendo el contrato consecuentemente nulo, resultando necesario

²⁰² CASSAGNE, J.C., ob. cit., p. 484.

²⁰³ Ídem, p. 485.

extinguirlo para su expulsión del mundo jurídico. Pero de acuerdo a la CSJN in re Praderas del Sol (02/12/2004) el Estado no puede revocar el contrato por razones de ilegitimidad cuando hubiesen nacido derechos subjetivos que se encuentren cumpliendo, sino que debe pedir la anulación por vía judicial. Y de sentenciarse la revocación judicial, las partes deberán restituirse las cosas que hubiesen recibido y si fuere posible, devolver el valor equivalente²⁰⁴.

En cuanto al pacto comisorio en el derecho público argentino, o sea respecto de la cláusula que reconoce a las partes la posibilidad de resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, ese pacto particular es procedente siempre que la parte que trata de ejercer esa facultad, haya cumplido con las obligaciones a su cargo u ofreciese hacerlo; y el incumplimiento sea relevante de manera que justifique la ruptura de la relación contractual. El CCA dispone que en los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita, lo que exige que el incumplimiento esencial en relación con la finalidad del contrato, la mora del deudor y el emplazamiento del acreedor al deudor para que cumpla en no menos de 15 días de intimado bajo apercibimiento de resolver el contrato, produciéndose la resolución de pleno derecho al vencimiento del plazo (arts. 1084, 1088 y concs. CCA). El art. 13 del Decreto 1023/01 prevé que el contratista puede dejar de cumplir con sus obligaciones en supuestos excepcionales, y en su caso exigir la resolución del contrato ante el juez, de modo que no puede por sí sólo declarar extinguido el acuerdo.

España: Cumplimiento y ejecución:

En cuanto al cumplimiento de los contratos y los efectos de los mismos, el tema está regulado en la Ley 9/17 en su art. 188, que establece que se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas

²⁰⁴ BALBIN C. ob. cit.198.

(art. 25, párrafo 2); por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, o documento descriptivo que sustituya a éstos.

El citado art. 25, párrafo 2 establece que los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas. Añade el art. 189 que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

La citada Ley 9/17 prevé las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos disponiendo que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta. Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo.

Se regla también el procedimiento de ejercicio de esas potestades, determinando que en los que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a

las prerrogativas establecidas en el artículo anterior, deberá darse audiencia al contratista. Establece que en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195, no obstante lo cual, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista. b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros. c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. Dispone que los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

En relación a la ejecución de los contratos, el art. 192 regula que para el supuesto de incumplimiento parcial o defectuoso, los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas

en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. Los pliegos reguladores de los acuerdos marco podrán prever las penalidades establecidas en el presente artículo en relación con las obligaciones derivadas del acuerdo marco y de los contratos en él basados.

En los casos de demora en la ejecución contractual, el art. 193 establece que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido. El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. La Administración tendrá las mismas facultades a que se refieren los apartados anteriores respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total. Por su parte el art. 194 estipula respecto a los daños y perjuicios e imposición de penalidades, que en los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá

al contratista la indemnización por daños y perjuicios. Las penalidades previstas en los dos artículos anteriores se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos.

Se determina por el art. 196 que la indemnización de daños y perjuicios causados a terceros será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Se enarbola el principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato, por el art. 197, establecido para el contrato de obras en el artículo 239.

En cuanto al pago del precio el art. 198 prescribe que: 1. El contratista tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato. En el supuesto de los contratos basados en un acuerdo marco y de los contratos específicos derivados de un sistema dinámico de contratación, el pago del precio se podrá hacer por el peticionario. 2. El pago del

precio podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado. En los casos en que el importe acumulado de los abonos a cuenta sea igual o superior con motivo del siguiente pago al 90 por ciento del precio del contrato incluidas, en su caso, las modificaciones aprobadas, al expediente de pago que se tramite habrá de acompañarse, cuando resulte preceptiva, la comunicación efectuada a la Intervención correspondiente para su eventual asistencia a la recepción en el ejercicio de sus funciones de comprobación material de la inversión. 3. El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía. 4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 y en el apartado 1 del artículo 243, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio. En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la

factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono. 5. Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley. 6. Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen. 7. Sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, solo podrán ser embargados en los siguientes supuestos: a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos. b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato. 8. Las Comunidades Autónomas podrán reducir los plazos de treinta días, cuatro meses y seis meses establecidos en los apartados 4, 5 y 6 de este artículo.

Modificación de los contratos: Por el art. 203 se otorga la potestad de modificación del contrato, independientemente de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución; disponiéndose que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos esa Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204; b) Excepcionalmente,

cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205. En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153, y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63.

El art. 204 prevé que los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes: a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca. b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

El art. 205 dispone que las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos: a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo. b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes: a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes: 1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista. 2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido. b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias

sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes: 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido. c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Es de suma importancia lo que aclara la ley, que una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: 1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original. 2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato. 3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo

anterior cuando: (i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23. (ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

El art. 206 establece que en los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

Dispone el art. 207 como especialidades procedimentales: en el caso previsto en el artículo 204 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. Los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada, a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 205 deberán publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley.

Asimismo los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación, añadiéndose que lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 191.

Resolución: La Ley 9/17 en su art. 211 prevé las causas de resolución: a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista. b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas. e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8. f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes: 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos. 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general. g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente convenidos, cuando no sea posible modificar el contrato

conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido. h) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley. i) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato. 2. En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo.

El art. 195 también regula la resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos: 1. En el supuesto a que se refiere el artículo 193, si la Administración optase por la resolución esta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. 2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

En el art. 212 se determina la aplicación de las causas de resolución: 1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. No obstante lo anterior, la resolución del contrato por la causa a que se refiere la letra i) del artículo 211.1 solo se acordará,

con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio.

2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución del contrato. Serán potestativas para la Administración y para el contratista las restantes modificaciones no previstas en el contrato cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma.

3. Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

4. La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

5. En caso de declaración en concurso la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución. En todo caso se entenderá que son garantías suficientes:

- a) Una garantía complementaria de al menos un 5 por 100 del precio del contrato, que deberá prestarse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 108.
- b) El depósito de una cantidad en concepto de fianza, que se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 108.1, letra a), y que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista.

6. En el supuesto de demora a que se refiere la letra d) del apartado primero del artículo anterior, si las penalidades a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un múltiplo del 5 por ciento del

precio del contrato, IVA excluido, se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 193. 7. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en esta Ley. 8. Los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Los efectos de la resolución contractual están especificados en el art. 213: 1. Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas. 2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. 3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. 4. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205. 5. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. 6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos. Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los

trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles. Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero.

Resultado de la comparación: En todas las cuestiones que he desarrollado en este apartado, ambos sistemas normativos resultan idóneos para obtener las finalidades perseguidas, y respetar los principios esenciales que los estructuran. Tanto en el cumplimiento como en la ejecución de los contratos, como en la modificación de los mismos, en sus resoluciones, rescisiones o revocaciones (depende de las distintas denominaciones y características que cada marco jurídico ha elegido), se puede afirmar que los mismos están sólidamente previstos y desarrollados, y tienen una rica práctica y experiencia que avalan sus respectivas aplicaciones, sin perjuicio de todos los aspectos que se puedan mejorar a futuro.

VIII. Control de las contrataciones. Rendición de cuentas:

VIII.1. Control: Para tener una idea concreta de la incidencia que en el ámbito europeo tiene la corrupción, el informe anticorrupción 2014 de la Comisión que cita la Comunicación 207/572 dice que “Un estudio de 2013 sobre la detección y reducción de la corrupción en la contratación pública en la UE concluyó que, en 2010, los costes directos totales de la corrupción en la contratación pública de solo cinco sectores (carreteras y ferrocarriles; agua y residuos; construcción y equipamientos; formación e investigación y desarrollo) en ocho Estados miembros oscilaron entre 1 400 millones EUR y 2 200 millones EUR”²⁰⁵, en concepto de costes directos de las contrataciones públicas de sólo cinco sectores

²⁰⁵ pág. 26 de la web copiada de internet, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=ellar:058aecf-d9b7-11e-8cd401aa75ed71a1.0004.04/DOC_2&format=PDF. «Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anticorruption» (Detección y reducción de la corrupción en la contratación pública en la UE — Desarrollo de

(carreteras y ferrocarriles, agua y residuos, construcción urbana y de servicios públicos, formación e investigación y desarrollo) en ocho estados miembros; afirmándose que la corrupción le cuesta a los integrantes de la UE, alrededor de 120.000 de euros al año.

En España los datos resultan más alarmantes, la ciudadanía encuestada en un 95% creen que la corrupción está muy extendida²⁰⁶ el importe estimado del peso de la contratación pública sobre el PIB oscila entre el 18% y el 20%, estimando la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, que al menos 48.000 millones de euros del importe de las contrataciones hay que asociarlos a sobre-costes causados por la falta de transparencia y competencia en la contratación pública. Ese importe representa aproximadamente el 4,5% del PIB, algo más del déficit con el que España cerró 2016, que fue un 4,33%; el informe de Eurobarómetro realizado en 2013 publicado en 2014 señala que de las empresas españolas encuestadas, el 80% estiman que una de las prácticas corruptas era la conformación de pliegos a medida en la prelicitación, y el 72% que esas prácticas ilegales se realizaban en el establecimiento de criterios de selección y evaluación pocos claros²⁰⁷.

La OCDE en su documento “Principios para la integridad en la Contratación Pública”²⁰⁸sostiene que la integridad en la contratación pública se implementará en la práctica con la aplicación de cuatro principios: 1) la transparencia; 2) la buena gestión; 3) la prevención de la mala conducta; 4) la rendición de cuentas.

una metodología para estimar los costes directos de la corrupción y otros elementos de un mecanismo de evaluación de la UE en el ámbito de la lucha contra la corrupción), 30 de junio de 2013, PriceWaterhouseCoopers y Ecorys.

²⁰⁶ Idem, p. 7.

²⁰⁷ Informe sobre cumplimiento de las instituciones públicas de la normativa legal sobre contratos, https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/06/publicacion_contratos_pcsp_ccaa_5-2017.pdf.

²⁰⁸ GIMENO FELIÚ, ob. cit. Nuevos paradigmas de la contratación pública: la transparencia y la integridad en un contexto de prevención de la corrupción, pp. 4, 5, 7 y ss.

Por consiguiente es exigible a la administración pública la existencia de instrumentos y herramientas de control que permitan prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo cualquier comportamiento irregular y en particular la de aquellos servidores públicos involucrados en la contratación de la entidad a la que pertenecen. Se habla así de la Nueva Gobernanza de la contratación, como el modelo óptimo para adquirir bienes y servicios por parte de los poderes públicos en el que la transparencia, la buena gestión, la prevención con control de cumplimiento y la rendición de cuentas son sus instrumentos. Nadie duda actualmente en que el control del gasto público forma parte del entramado institucional de toda democracia, por lo que toda acción o política pública se encuentra tan necesitada de elementos legitimadores, por lo que los órganos de control interno y externo constituyen a través del ejercicio de sus labores, uno de ellos²⁰⁹.

Esto implica que a través de las correspondientes organizaciones se pretende verificar que el comportamiento de las instituciones públicas se mantenga dentro de los límites prefijados y de no ser así, se efectúen las correcciones necesarias para hacer que los hechos se adecuen a los planes, siendo dicha finalidad la utilidad final que se le debe asignar al aplicarlo en la contratación pública; debe abarcar las verificaciones de todo lo que se realice conforme al programa adoptado, a las órdenes impartidas y a los principios admitidos. El control tiene función administrativa con significados diferentes en el sentido que forma parte del proceso de planear, organizar, dirigir y controlar; también resulta una manera de regulación para mantener el funcionamiento dentro de los estándares

²⁰⁹ En relación a la nueva gobernanza de la contratación, ver MORENO MOLINA, José Antonio, Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública, RAP, ISSN, 0034-7639, N°204, 2017, pp. 343/373; MUGURUZA, Tomé, Baudilio, 2013, La respuesta de la Unión Europea la crisis económica y el papel de las instituciones de control externo, Revista española de control externo, N°43, pp. 73-101.

dentro de los que se pretende se desenvuelvan o sea, funciona como detector de desviaciones; y constituye incluso un aspecto restrictivo y limitador que mantiene a los miembros dentro de los parámetros de comportamiento requeridos. En síntesis, es una función administrativa que regula y adecua el comportamiento a parámetros preestablecidos con el propósito de enmendar errores.

Se sostiene que el control público debe ser eficiente, utilizando los métodos y procedimiento idóneos para cumplir su cometido, evitando los formalismos y las estructuras que forjan la cultura de siempre se hizo así y no fue objetado; eficaz, porque debe cumplir con los objetivos perseguidos, considerando al fin específico del órgano de control, su especialidad y en función de los derechos fundamentales del individuo y del compromiso de los controlantes; transparente, insertándose en una garantía democrática de transparentar la gestión pública y cumpliendo con las exigencias de la buena gobernanza y del contenido de otorgar las informaciones necesarias para el contralor social; ético, en cuanto a la conducta de los que controlan y que no se desvía de sus contenidos legítimos; independiente y objetivo; constructivo y educativo, tejiendo redes entre el deber ser y el ser, promoviendo la aplicación de mecanismos que corrijan las deficiencias propias de la gestión, articulando procedimientos que ayuden a lograr una cultura de la actuación pública ajustada al orden constitucional y legal; comprensivo de la realidad y las circunstancias sociales, económicas, culturales que rodeen al sujeto, al ámbito y al objeto del control; oportuno, o sea ejercido en plazo razonable, especialmente en el posterior, impidiendo que se llegue tarde y cuando todos los perjuicios se han producido²¹⁰. Como clasificaciones más importantes del control público se pueden citar las que lo distinguen según sea de convencionalidad y de constitucionalidad; la de los órganos que lo realizan: de lo administrativo, legislativo, judicial; y los tribunales de

²¹⁰ Miriam Mabel IVANEGA, Control público, Ed. Astrea 2016, pp. 68-73.

cuentas; de la oportunidad en que se realiza: previo, concomitante y posterior, respecto al acto administrativo considerado definitivo; a ámbito de aplicación: global o parcial; a la naturaleza del mismo: especializado o genérico; de acuerdo a la naturaleza, el objeto y criterios normativos: de cumplimiento, financiero-contable y de gestión: ejercido por órganos de la organización interno y externo por entes fuera de la misma²¹¹.

VIII.2. Control en Argentina: La Ley 24.156 de administración financiera y de sistemas de control de la hacienda pública, que regula esta cuestión en Argentina, tuvo su origen en el Sistema Integrado Modelo de Administración Financiera para América Latina y el Caribe (SIMAFAL), persiguiendo prioritariamente lograr una gestión eficiente, eficaz y económica; contribuir a que la Administración Pública posea instrumentos suficientes para generar información oportuna y confiable, para la toma de las decisiones; permitir que la administración de las finanzas públicas nacionales se realice en un marco de transparencia; interrelacionar los sistemas que componen los sistemas que componen la administración financiera, a efectos de integrarlos entre sí y con los sistemas de control interno y externo; la cultura presupuestaria y la reorganización de la administración pública nacional fueron dos pilares para estructurar un modelo sustentado en la eficiencia, eficacia y economía.

El art. 2 de esa ley define a la administración financiera mediante la aplicación de dos principios: de la teoría general del sistema, y la centralización normativa; el primero se basa en las propiedades y naturaleza de los procesos en los niveles superiores no son explicables por la suma de las propiedades y naturaleza de sus componentes si se toman aisladamente; los niveles superiores son deducibles a partir de sus componentes, si conocemos el conjunto de éstos y de las relaciones que los ligan. Como en todo sistema, el todo es más que la suma de las partes.

²¹¹ Idem, pp.127-130.

La centralización normativa consiste en reunir en un órgano dentro de cada sistema: la definición de políticas generales que enmarcan el funcionamiento de cada uno de ellos; la elaboración y aplicación de normas, metodologías y procedimientos generales y comunes que regulen la operación de cada sistema, sin perjuicio de las adaptaciones que deban realizarse según las características particulares y especificidades de los distintos órganos públicos; el diseño de normas, metodologías y procedimientos dentro de cada sistema, considerando las características y los contenidos de las diseñadas para los otros sistemas.

La descentralización operativa se presenta en función de la capacidad de administración de cada sistema, por las propias instituciones públicas, cumpliendo con dos requisitos: su determinación para un sistema debe estar ligada con la establecida para los otros; estando reglamentadas quedan establecidas las facultades, normas y procedimientos que competen a los organismos centrales y a los diversos organismos periféricos. Se crean los organismos rectores en el ámbito de cada sistema que se encuentran en coordinación de un organismo supervisor y coordinador de la aplicación de la administración financiera, cual es la Secretaría de Hacienda.

a) Control interno:

La Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGN) son los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente. El Decreto 1344/07 establece en su art. 7° que ambos son la autoridad de aplicación y de interpretación de aquellos sistemas, dentro de sus propias competencias y están facultados para dictar las normas interpretativas, aclaratorias o complementarias que fueran necesarias.

El control interno se entiende como aquel que se ejerce desde adentro de la organización controlada, permitiendo incluir al que se inserta en la misma gestión y al que practican determinados órganos o

entes especializados que son parte del controlado. La idea aglutinante es que constituye una cultura dentro de la organización con la pretensión del mejoramiento continuo, previendo los riesgos, obstáculos e incumplimientos de las normas, sin perjuicio de que se practique de manera previa, concomitante o posterior, mediante técnicas de intervención preventivas, dictámenes, informes, observaciones legales, etc.

El sistema de control que implementa la Ley 24.156, que abarca a los Poderes Ejecutivos, Legislativo y Judicial, es complejo, confluyendo el control interno en sentido estricto, con el ejercido por órganos con competencia específica ubicados en cada jurisdicción o entidad (UAI) y el practicado por un órgano rector (SIGEN). El modelo de control es integral e integrado, abarcando los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, que forma parte de los procedimientos que se establezcan para la toma de decisiones. Se instituye de manera principal el mecanismo de auditoría, que es en este ámbito, un servicio a toda la organización consistente en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna; se critica el sistema por la relación entre el titular del control interno y la autoridad controlada; pero dice Miriam Ivanega que esa particularidad no contradice principios generales de tal actividad ni desvirtúa los fines que se persiguen con su ejercicio, ya que son controles técnicos, interdisciplinarios, constructivos, que persiguen alimentar la toma de decisiones eficientes por parte de los gestores y de quienes adoptan las políticas públicas, por lo que la independencia y la objetividad basadas en la idoneidad de quienes controlan son condiciones ineludibles, así como lo son la complementariedad e integración sistémica permanente de los

otros controles internos y externos²¹². La ley establece una modalidad de instrumentos de control previo (no intervención previa) y posterior que se incorporan en el plan de la organización y en los manuales de procedimientos de cada organismo y en la auditoría interna. Existe una visión integradora de los controles, pero la ley fue terminante cuando eliminó el control previo como función principal de los organismos específicos, expresando el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo que la norma no se compadece con los modernos esquemas de administración financiera en el sector público de la práctica del control previo por instituciones exógenas al propio organismo o repartición pública; el ejercicio del control previo se encuadra dentro de la estructura de control interno que es una de las responsabilidades que compete a la alta dirección de cada jurisdicción y entidad del sector público, tratándose de reconocer la función de gerencia responsable a tiempo completo, dentro de la cosa pública dejando de lado por inadmisibles, la teoría y praxis de la administración pública en un estado moderno, la filosofía de control de sector público imperante inmediatamente antes y después de la crisis de los años treinta. Se limita el control previo por lo tanto, en el sistema de la ley a situaciones concretas, con efectos diferentes y características propias, como los casos de consolidación de deudas²¹³.

Como dije más arriba, el órgano rector del sistema de control es la Sindicatura General de la Nación, quien ostenta competencias normativas, de coordinación y de supervisión, pudiendo ejercer el control su propio personal o a través de estudios de consultoría y auditoría, como lo establece el art. 105 de la Ley. Es un órgano descentralizado, y autárquico, dependiente del Presidente de la Nación. Como producto de los principios y consecuencias de la descentralización administrativa, tiene personalidad jurídica y maneja

²¹² IVANEGA, ob. cit., p. 139.

²¹³ IVANEGA, ídem.

recursos propios que pueden ser aplicados a sus finalidades institucionales, como especie de un fondo de afectación, pudiendo ser titular de bienes del dominio público. Es autárquico, ya que está sujeto al Poder Administrador central que determina las políticas, los principios y las conductas generales que alcanzan a la administración en conjunto. Es unipersonal por la titularidad del Síndico, que es designado por el Poder Ejecutivo Nacional de quien tiene dependencia directa. Tiene la asistencia de tres adjuntos que lo suplen y subrogan en caso de ausencia, licencia o impedimento, designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Síndico. Para ser Síndico General se exige poseer título universitario con incumbencias en ciencias económicas o derecho y una experiencia en administración financiera y auditoría no inferior a ocho años (art. 109 de la Ley); se entiende que la dependencia del Síndico General con el Poder Ejecutivo que establece el art. 97 de la Ley no es jerárquica sino que se debe entender en jurisdicción de ese Poder²¹⁴. Las atribuciones que le otorga el art. 104 de la Ley y el articulado del Decreto 1344/07 permiten afirmar que son amplias y expansivas, pudiéndolas cumplir directamente o a través de auditorías o de otros mecanismos; como órgano rector del sistema dicta normas en materia de control y auditoría interna, tanto para el organismo como para las UAI; otorga asesoramiento al Poder Ejecutivo y a las autoridades de sus jurisdicciones y entidades, no siendo su opinión vinculante, ni substituye al dictamen específico del servicio jurídico exigido por las normas de procedimiento administrativo. Puede requerir la información necesaria para cumplir su cometido a los organismos comprendidos en su ámbito, o sea los que componen el Poder Ejecutivo Nacional, los organismos descentralizados, empresas y sociedades del estado, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica, debiendo todos los agentes y funcionarios del sector público

²¹⁴ BARRA, Rodolfo. Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2007/11, T. 4, pp. 652-3.

prestar su colaboración, considerándose la reticencia al respecto, falta grave (art 106 de la Ley); y tiene acceso a todos los registros documentales y magnéticos, documentación de respaldo y lugares de trabajo necesarios. Los actos del Presidente están excluidos de su control.

Las Unidades de Auditoría Interna (UAI), son órganos desconcentrados, creados en cada jurisdicción y entes del PEN, dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y no gozan de estabilidad, lo que ha sido criticado porque se dice afecta la independencia del auditor, lo que fue contestado en el sentido que siendo un cargo extraescalafonario debe someterse a los requisitos reglados que toda remoción exige y por lo tanto, debe respetarse las exigencias del art. 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. El perfil del auditor interno se ajusta a las condiciones fijadas por la SIGEN: son nombrados previa opinión técnica de la Sindicatura, no teniendo calidad vinculante, pero en caso de que se designe al auditor interno apartándose de la opinión de la SIGEN, deberá expresar en el acto de nombramiento los fundamentos que motivan esa decisión. Esas unidades deben realizar todos los exámenes de las actividades, procesos y resultados de la jurisdicción o entidad a la cual pertenezcan. Sus informes provienen en la gran mayoría de los casos, de tareas realizadas por equipos de trabajos interdisciplinarios.

b) Control externo: El art. 85 de la Constitución Nacional de 1994 dispone que el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica, del Parlamento Nacional Argentino,

con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El Presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue.

Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos. Como la Ley 24.156 que instituyó la Auditoría, tuvo vigencia a partir de enero de 1993 y no fue derogada ni modificada luego de la aplicación de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, hubo dudas acerca de la continuidad de la vigencia de la Ley, o de su derogación expresa o implícita o tácita por la mencionada reforma constitucional. La doctrina mayoritaria entiende que la Auditoría ha sido creada de nuevo por la Constitución Nacional, por lo que su existencia antes de dicha Constitución, queda modificada a partir de la vigencia de su art. 85, considerándose que se trata de una sola institución a la cual los constituyentes le otorgaron una categoría especial al confirmarla y transformando el título VII, capítulo I de la Ley 24.156 en reglamentario de la disposición constitucional, tratándose de una regulación provisional mientras tanto se cumpla con el mandato constitucional, indicando Barra que esa regulación provisoria no implica sin más la de la Ley 24.156, ya que debe ser interpretada conforme al art. 85 de la Constitución. Si no es posible esa interpretación por no permitirlo la comparación del texto de ambas normas, aquella ley se encontrará viciada de inconstitucionalidad sobreviniente²¹⁵. La AGN tiene personalidad jurídica, así como goza de su autonomía funcional que no permite sino que

²¹⁵ BARRA, ob. cit, pp. 723-4; IVANEGA, ob. cit., p. 159 y nota 29.

excluye subordinación, por lo que la dependencia debe entenderse como correspondiente a la jurisdicción del Poder Legislativo.

La conducción de la AGN está en cabeza de un órgano colegiado que es el Colegio de Auditores Generales; su naturaleza colegiada complica la aplicación del art. 85 de la Constitución Nacional que establece que el Presidente de la AGN es designado a propuesta del partido político de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso; la Ley 24.156 prevé que el organismo tendrá siete miembros, nombrados cada uno como auditor general, correspondiendo tres a la Cámara de Diputados y otros tres a la Cámara de Senadores, según la composición de cada Cámara, siendo el séptimo auditor general designado por ión conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados y será el Presidente del mismo (art. 123). Se interpreta mayoritariamente desde la reforma constitucional de 1994, que no se trata de un organismo unipersonal, atento a la jerarquía constitucional de la figura órgano-presidente, por lo que los problemas funcionales que acarrea la pluralidad de miembros se pueden considerarse superado.

Debe ponderarse además que la idoneidad moral y técnica de los auditores generales puede constituir un reaseguro contra las presiones políticas que pueden surgir respecto a un órgano de contralor de esta naturaleza, reparándose además que la ley establece que por sorteo, los auditores generales pueden durar en sus cargos cuatro u ocho años, incluyendo al Presidente, pareciendo que esa previsión surge de la inalterabilidad de la composición en las Cámaras y que, durante esos lapsos, mayorías y minorías se mantienen invariables; se ha sostenido que los cambios que se produzcan en el Poder Legislativo necesariamente deben afectar la permanencia de los auditores generales e incluso la del Presidente, quien goza de estabilidad general mientras se mantengas las condiciones fijadas por la Constitución.

Por consiguiente, el juego político que rodea la designación de las máximas autoridades debilita el rol constitucional que le fue asignado, dado que el ejercicio del control usado como instrumento de presión, obstaculiza los objetivos perseguidos por los constituyentes y el legislador, quedando alterada la pretendida independencia por la lucha política. Los auditores generales, de acuerdo al art. 125 de la Ley, determina que tienen como atribuciones y obligaciones: proponer el programa de acción anual y el proyecto de presupuesto de la entidad y las modificaciones a la estructura orgánica a las normas básicas internas, a la distribución de funciones y a las reglas básicas de su funcionamiento con arreglo al art. 116; dictar las restantes normas básicas, internas, atribuir facultades y responsabilidades, y la delegación de autoridad; licitar, auditar, adquirir suministros, contratar servicios profesionales y disponer respecto de los muebles e inmuebles necesarios para su funcionamiento, aceptando donaciones; designar al personal y atender sus cuestiones respecto de las normas internas en la materia, cuidando que exista una equilibrada composición interdisciplinaria, que permita la realización de las auditorías y evaluaciones integradas de su gestión; y resolver todo asunto concerniente al régimen administrativo de la entidad.

La competencia de la AGN es el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, de los organismos descentralizados, empresas y sociedades del estado, entes reguladores de servicios públicos, los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos (art. 117). Carece de facultades jurisdiccionales para determinar responsabilidades de los funcionarios públicos y de atribuciones para aplicar multas y formular observaciones a sus correspondientes desempeños, con carácter

suspensivo, ni de aplicar multas, Su actividad es esencialmente administrativa técnica y consultiva, de lo cual deriva que la ley pretendió privilegiar la función fiscalizadora por sobre la tradicional asignación de facultades jurisdiccionales²¹⁶. Su competencia normativa se ejerce a través de la determinación de los criterios de control y auditoría que se deben aplicar, dictando normas fijando procedimientos y técnicas de auditoría.

El Congreso de la Nación realiza el control de gestión de los funcionarios mencionados en el art. 53 de la Constitución Nacional, que se concreta de manera global; y el control externo posterior del Congreso de la Nación; se encuentran excluidos el Presidente de la Nación, el Vicepresidente, el Jefe de Ministros, los Ministros del Poder Ejecutivo y los Secretarios de la Presidencia.

El Poder Judicial de la Nación establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispondrá la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido, pudiendo acordar la intervención de la AGN a los fines del control exterior posterior. La Ley 26855 dispone que la CSJN dispondrá sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación, debiendo velar por el respeto de los principios de transparencia en la gestión y uso eficiente de los recursos. A los efectos del control externo posterior se ajustará al art. 85 de la Constitución Nacional. Todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 1° de la Ley 24937 y sus modificatorias.

La AGN remite sus dictámenes a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, al Ministro del área, y al órgano o ente auditado. Por Resolución 62/2000 de la Presidencia de la AGN envía los mismos al Jefe de Gabinete de Ministros.

²¹⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo. Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario, Buenos Aires RAP, 2007; IVANEGA, ob. cit. págs. 160/165.

Lo que se puede mostrar como un paso adelante en materia de publicidad del control que analizo, es la convocatoria a sesiones públicas del Colegio de Auditores, reuniones que pueden ser presenciadas por la ciudadanía interesadas, debiéndose para ello inscribirse previamente con la sola limitación del espacio físico, publicándose el temario de las sesiones en la página web oficial del organismo con 48 horas de anticipación.

En 2014 la AGN institucionalizó el proceso denominado de planificación participativa, que instrumenta una consulta ciudadana a través de la cual el órgano incorpora las propuestas de la sociedad civil a su planificación anual de auditorías, entendiendo que las políticas públicas deben estar orientadas a asegurar los derechos de los ciudadanos y que por lo tanto éstos pueden enriquecer la tarea de control público²¹⁷.

VIII.3. Rendición de Cuentas en Argentina: De acuerdo al Banco Interamericano de Desarrollo, la rendición de cuentas es una herramienta eficaz para mejorar la transparencia y la eficiencia de la función de las compras públicas. La administraciones públicas deben mejorar las formas como evalúan las políticas públicas y realizan los procesos de contratación, así lo reporta en su reciente informe “El panorama de las administraciones públicas en América Latina”²¹⁸.

Resalta Miriam Ivanega que una administración pública abierta al acceso a la información muestra como mínimo cinco ventajas: un público mejor informado puede participar de mejor manera en el proceso democrático; el Congreso, la prensa y el público deben ser capaces de dar seguimiento y vigilar adecuadamente las acciones de gobierno, ámbito en el cual los actos secretos son un impedimento

²¹⁷ IVANEGA, ob. cit., p.169.

²¹⁸file:///C:/Users/STJ/Desktop/El%20sugiere%implementar%contrataci%C3%B3%20p%C3%BAblica%electr%C3%B3nica%20%20E1%20Heraldo.htm.

mayor para la rendición de cuentas; los agentes públicos toman decisiones importantes que afectan a muchas personas, de manera que para estar sujetos a rendición de cuentas, la administración debe obtener amplios flujos de información que generen un ejercicio de gobierno más efectivo y contribuyen a un desarrollo más flexible de las políticas públicas; y mejora la colaboración pública con el gobierno²¹⁹. Desde la amplitud de dicha perspectiva, es evidente que a través de la rendición de cuentas se controla al gobierno sin eliminarlo, sino para mejorarlo; por eso, las rendiciones de cuentas que se concretan a puertas cerradas carecen de toda credibilidad y son caricaturas de lo que corresponde, o sea, que debe estar sujeta a la transparencia, austeridad y eficiencia. Las ideas que nos rondan ya regían en la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, cuyo art. 15 establecía que la sociedad tiene el derecho de rendir cuentas a todo agente público de su administración. Siguiendo a Schedler, un resumen liminar del contenido general de la rendición de cuentas puede concluir en que se exige a los funcionarios que informen sobre sus decisiones o que las expliquen y se pregunten por los hechos que informen esa rendición de cuentas, fundamentando sus decisiones con razones y argumentos suficientes²²⁰. Los elementos que forman parte de la rendición de cuentas se discuten sobre si son dos (la obligación de los políticos y funcionarios de informar y justificar sus actos; y la capacidad para imponer sanciones negativas a los que violen normas de conducta), mientras que otra posición se inclina por sostener que no tiene la rendición un contenido moral, sino que surge de un sustento social y jurídico de ser responsables ante alguien que implica el sentido de informar obligadamente y sobre el cumplimiento de la responsabilidad.

²¹⁹ IVANEGA, ob. cit. págs. 50/51, con cita de POPE, JEREMY, *Enfrentando la corrupción: los elementos de un sistema de integridad nacional*, Berlín, Transparencia Internacional, 2000, cap. 24.

²²⁰ SCHEDLER, Andreas. *Qué es la rendición de cuentas*, Cuadernos de Transparencia 03, México, 2004, pp.14 y 29.

Otro enfoque apunta a la obligación de los mandatarios o agentes para informar a sus mandantes o principales, de los actos que llevan a cabo como resultado de una delegación de autoridad, que implica sanciones en casos de incumplimiento. Los actuales estudios sobre la materia desarrollan una amplia gama de modalidades y formas de rendiciones de cuentas como las verticales y horizontales, las interacciones institucionales y sociales diagonal y transversal; las que establecen intervenciones de tipo social, híbrida, mutuo, legal y sobre resultados, que en algunos casos hacen perder de vista las múltiples particularidades institucionales y sociales que condicionan y determinan la eficacia de la rendición de cuentas. Es que ya nadie discute que los tres aspectos de información, justificación y castigo convierten a la rendición de cuentas en una empresa multifacética²²¹.

La vigencia de la Ley 24.156 aparejó algunos inconvenientes, como es la no alusión a la obligación de rendición de cuentas, aún cuando ello no es impedimento para exigir el cumplimiento de ese deber a todos los agentes públicos y terceros que manejen, autoricen, dispongan, recauden o administren bienes públicos. El art. 8 de esa ley dispone que serán aplicables las normas de esta ley en lo relativo a la rendición de cuentas de todas las organizaciones privadas a las que se acordaron subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades. Por lo tanto, en el orden nacional, no existe una normativa general que establezca la obligación de rendir cuentas de manera general y uniforme, por ejemplo, al finalizar la función o la gestión. Esa situación omisiva no libera a los funcionarios de rendir cuentas, pero al no haber una reglamentación que fije el momento, la manera y ante quien se debe rendir cuentas en el caso de alejarse del cargo, la explicación del desarrollo, modalidad, consecuencia y detalles de toda su gestión estará supeditada al

²²¹ SCHEDLER, ob. cit, pág. 13.

pedido de una orden judicial, ya que el control a través de la cuenta de inversión es selectiva, fuera de tiempo y abarca la gestión global de un ente, organismo o programa.

Ese cuadro de situación no es el de las provincias argentina, en las cuales el juicio de cuentas es de naturaleza contable y documental, teniendo su origen en la falta de rendición de cuentas, o una rendición de cuentas defectuosa.

VIII.4. Control en España: Se ha dicho que las previsiones generales de las Directivas Europeas de 2014 en materia de publicidad de las licitaciones y adjudicaciones, transparencia y documentación de los procedimientos, equivalencia de las especificaciones técnicas, homologación de las exigencias de capacidad y solvencia, así como objetividad de los criterios de adjudicación, actúan como mecanismos importantes de la prevención de la corrupción, sobre todo si se completan con un sistema de recursos eficaz y procedimientos de contratación electrónica²²². Pues bien, si se pondera que la nueva Ley 9 / 2017 incorpora a la normativa española todas dichos aspectos, tales consideraciones son aplicables a la misma.

El principio de transparencia es un principio general que debe presidir el funcionamiento de las administraciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos como prevén el art. 103.1 de la Constitución y la normativa sobre procedimiento administrativo. Tiene doble configuración, por un lado es un requisito indispensable para que exista tratamiento imparcial y equitativo a los ciudadanos. Por otra parte, tiene una significación nueva, como apertura de la información pública al ciudadano, de manera tal que el conocimiento y gestión de los asuntos públicos deje de ser exclusividad de los poderes públicos y se permita la participación de otros agentes en la toma de las respectivas decisiones.

²²² AYMERICH CANO, Carlos. Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas, Revista Aragonesa de Administración Pública, 2015, pág. 214.

Esto se refleja en materia de la contratación pública ya que por una parte se trata de la normativa en materia de contratos, que tiene a la transparencia como uno de sus principios rectores, fijados principalmente por el art. 1 de la Ley 9/17 y también su art. 139; y por otra, de las obligaciones que se establecen en la normativa específica sobre transparencia, constituida por la Ley 19/2013 del 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Se ha dicho que las principales novedades para el control de la nueva Ley 9/2017 son el nacimiento de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión, de la cual ya he desarrollado más atrás su importancia; la Comisión en las Cortes: se creará una ponencia permanente en las Cortes, en paralelo de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, por lo que los partidos políticos controlarán específicamente la contratación pública; y el responsable del contrato, funcionario que cuyas funciones también ya aludí.

a) **Control interno:** Como dice Cubillo Rodríguez, el control de gestión encauzado a través de los contratos públicos se puede exponer comenzando por el entramado institucional del control, el control interno de las administraciones, las directrices para las normas de control interno de la International Organisation of Supreme Audit Institutions (INTOSAI) y el control externo²²³. El control sobre la contratación que es interno y externo, comienza por el primero, en el ámbito de las administraciones públicas desarrollándose a través de los servicios de intervención y para los entes del sector público mediante los órganos de contralor de los mismos, así como de los interventores de la administración que correspondan.

²²³ Fiscalización y auditoría de la contratación por el sector público, págs.5/7.

Las directrices ya referidas define a este control como una estructura compuesta por el conjunto de planes, métodos, procedimientos y otras medidas, incluyendo la actitud de la dirección, que posee una institución para ofrecer una garantía razonable de que se cumplan los objetivos de promover las operaciones metódicas, económicas, eficientes y eficaces y los productos y servicios de calidad, acorde con la misión que la institución debe cumplir; que se preserven los recursos frente a cualquier pérdida por despilfarro, abuso, mala gestión, errores, fraude o irregularidades; que se respeten las leyes reglamentaciones, y directivas; así como que se elaboren y mantengan datos financieros y de gestión fiables y presentarlos correctamente en los informes oportunos.

b) Control externo: El control externo, ajeno al ente público o administración, se desenvuelve en tres niveles: el primero, a través del Tribunal de Cuentas Europeo, que examina la contratación realizada con fondos comunitarios ya que tiene encomendado el control de la legalidad y regularidad de los gastos y de los ingresos de la Unión Europea, velando por la buena gestión financiera; el segundo, a través del Tribunal de Cuentas Nacional, de acuerdo al art. 11 inc. a) de la Ley Orgánica 2/1982 del 12 de mayo en correlación con los arts. 39 y 40 de la Ley 7/1988 del 5 de abril, que establecen el marco jurídico de la fiscalización de los contratos públicos por ese órgano; y el tercero por medio de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas.

El sistema expuesto plantea como principal desafío la necesidad de la colaboración y de la coordinación entre los órganos de control interno y las entidades de control externo, como de éstas entre sí para garantizar eficacia en el control y evitar duplicidades o perturbaciones en la actividad gestora del contralor. El ámbito de la contratación del sector público es uno de los que más permiten avanzar en este reto de la cooperación entre controles,

porque hace posible convenir criterios técnicos de fiscalización comunes que permitan aprovechar sin reservas por un órgano, los trabajos realizados previamente por el otro.

Este control puede exponerse dinámicamente en su tramitación orientado a conseguir un juicio suficiente sobre el grado de cumplimiento, por los contratos, de las exigencias de legalidad, eficacia y eficiencia; para poder obtener esa finalidad, la fiscalización se realiza en determinados momentos del expediente de contratación, especialmente relevantes por su trascendencia económica y jurídica. Respecto de la justificación del contrato, la legalidad exige que se reúnan ciertos requisitos para que posibilite que la administración o un ente del sector público puedan obligarse a través de contratos, por lo que esa actividad contractual no es discrecional en el sentido que lo es para un particular, sino que tiene que responder a una causa justificada jurídicamente.

El art. 98 de la Ley 09/2017 dice que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado, pudiéndose definir el mismo en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer con la contratación, así como el objeto idóneo de la misma, deben fijarse con precisión antes de la adjudicación; no cerrando el objeto del contrato a una solución única, esto último en aquellos contratos que se estime puedan incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sustentabilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten; así el contrato ajeno a los fines de la administración o entidad que lo celebra y el que resulte inadecuado para satisfacer esas necesidades, tendrán el reproche correspondiente por la fiscalización.

Se debe valorar la documentación presupuestaria, ya que la tramitación del expediente de contratación exige el cumplimiento de requisitos presupuestarios; también se deben valorar las pautas de los pliegos respecto al objeto del contrato, no pudiendo fragmentárselo

injustificadamente; de igual forma se deben ponderar los informes y supervisiones legalmente exigidos, así como los motivos de emergencia o urgencia, que deben referirse objetivamente a razones o motivaciones que no pueden ser postergadas o de suma necesidad; y a situaciones de catástrofe, riesgo o peligro o de interés para la defensa nacional.

Cuando la fiscalización alcanza la fase de adjudicación, la misma debe comprobar que se ha adjudicado el contrato respetando los trámites que garantizan los principios de celeridad, igualdad y transparencia; finalmente examinará los criterios aplicados para la consideración de las ofertas y consecuente selección del adjudicatario. Esta etapa del procedimiento de contratación es sensible y relevante, por lo que la fiscalización debe ahondar en la corrección de las decisiones de adjudicación.

Al momento que se formaliza el contrato, la fiscalización debe conseguir información suficiente para emitir un juicio técnico sobre el cumplimiento de las obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento, especialmente en la práctica de las notificaciones y la publicidad; así como examinar lo relacionada a la constitución de la fianza, porque de su correcta configuración, depende la garantía de integridad del patrimonio público en caso de incumplimiento del contratista.

También constituye un aspecto sobre el que la fiscalización debe realizar un análisis exhaustivo, lo relacionado a las competencias del órgano administrativo que interviene en la contratación y la capacidad jurídica del contratista para contratar, habida cuenta que dicha materia puede generar la nulidad del contrato.

En cuanto a la fiscalización de la etapa de la ejecución del contrato, se debe reparar que es aquí donde las actuaciones anómalas o irregulares pueden generar daños al erario público, pues es el momento que se produce el pago y la recepción de las prestaciones.

Por lo tanto, el examen debe abarcar el plazo de cumplimiento de las prestaciones, y si lo ejecutó de acuerdo a las modalidades establecidas, o sea si el contratista ha ejecutado el contrato en plazo y forma, de no ser así, determinar si la administración gestionó la situación de mora, mediante la liquidación y cobro de las penalidades correspondientes o el reclamo de pago de los daños y perjuicios; en caso de retraso de pago por la administración o entidad contratante, analizar el perjuicio que esa conducta acarreo para las arcas públicas, etc.

Es necesario controlar asimismo la idoneidad de las prestaciones recibidas, respecto a su cantidad y calidad, dando intervención en caso de ser necesario a los especialistas o peritos que evitar un informe al respecto.

En caso de revisión de precios, así como de modificaciones del contrato, la fiscalización debe abarcar con exhaustividad y profundidad del análisis todos los aspectos vinculados a las prestaciones disminuidas o ampliadas, o de las partes o condiciones del contrato modificadas, así como las justificaciones y motivaciones que se brinden al respecto, dentro de los porcentajes y con aplicación de las fórmulas que se reputen como más idóneas a dicho efecto. Por supuesto que este desarrollo dinámico de la fiscalización, por así calificarlo, no puede ser exhaustivo, porque las circunstancias sobrevinientes que pueden tener las contrataciones públicas son innumerables y algunas imprevisibles.

Como dimanadas del principio general de transparencia, también se ilustra que son numerosos los preceptos de la Ley 09 / 2017 así como de las normas que lo desarrollan que contienen reglas que implementan el mismo, destacándose las que se refieren a las obligaciones de publicidad de determinadas decisiones de todos conocidas y que deben ser publicadas por imperio de dicha ley: los anuncios previos, los anuncios de licitación, los criterios de ponderación, y de selección en la

adjudicación, los criterios de selección en el procedimiento restringido, los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación en los procedimientos negociados, la admisión de variantes y mejoras, la exigencias de condiciones especiales de ejecución, las modificaciones del contrato, las condiciones sobre subcontratación, los anuncios de adjudicación, la formalización del contrato y la composición así como los actos de las Mesas de Contratación y de los Comités de Expertos. La Ley 9/2017 exige la publicación completa, clara y concreta de las condiciones de licitación, adjudicación y ejecución del contrato en los anuncios de contratación o en los pliegos. Determinando asimismo la publicación en el anuncio o en los pliegos de esas condiciones y especificaciones, con la explicación del objeto y características del mismo. La discrepancia entre la información contenida en los pliegos y en los anuncios, determinará que por sí sola la nulidad de los pliegos por contener incongruencias que impidan conocer con claridad cuáles son las condiciones básicas del contrato.

La Ley 20/2013 del 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, creó la Plataforma de Contratación del Sector Público, en la que es obligatorio publicar todas las licitaciones de las entidades pertenecientes al sector público, sea estatal, autonómico o local, así como de los resultados, de los procedimientos de adjudicación; la publicación puede hacerse directamente en la plataforma por cada órgano de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información.

Si bien es elogiable el espíritu del legislador de establecer como obligación legal la de que todos los poderes adjudicadores españoles publiquen en una misma plataforma, lo cierto es que no ha dado los resultados esperados como consecuencia del flagrante incumplimiento de esta obligación por parte de los poderes públicos obligados. Nuevamente Transparency Internacional España que realizó un seguimiento del cumplimiento de esa obligación legal por las instituciones españolas, en su

último análisis de los resultados de mayo de 2017 concluye que sólo 10 de las 17 comunidades autónomas cumplen esta obligación; de los 110 ayuntamientos analizados sólo 33 publican; sólo 9 parlamentos de los 19 existentes; 32 Diputaciones de las 45; y 36 Universidades de las 51 existentes²²⁴. La situación es más que preocupante.

Por consiguiente se impone dado el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la norma, el establecimiento de un sistema efectivo e importante de sanciones que se apliquen a los poderes incumplidores.

He mencionado varias veces en esta tesis, que la transparencia como principio rector lo que busca primordialmente es garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación, basándose esencialmente en la publicidad y motivación de los actos; pero en los últimos años se ha venido desarrollando una nueva transparencia entendida como derecho de los ciudadanos a recibir información sobre los resultados de la gestión pública, derecho ya reconocido en el sistema institucional. En este sentido, la transparencia es la obligación que incumbe a quienes gestionan recursos de terceros de dar cuenta de la gestión realizada; cuando esta rendición de cuentas se produce mediante la entrega de información clara, comprensible y veraz, significa que el ente público actúa con transparencia. Es necesario en la actualidad, que la administración informe sobre sus actividades, a través de información accesible, editable, comprensible y efectivamente utilizable por los ciudadanos, de modo que un ciudadano tenga la posibilidad natural de consultar la información que le proporciona la administración.

Estudios de los especialistas señalan que la transparencia es atributo y elemento incentivados del buen gobierno, caracterizado por los valores de: rendición de cuentas, que es la que ofrece la información transparente sobre resultados; participación no manipulada, o sea, la que ciudadanos y terceros

²²⁴ Informe sobre cumplimiento por las instituciones públicas de la normativa legal sobre contratos, <https://transparencia.org.es/informe-sobre-cumplimiento-por-las-instituciones-publicas-de-la-normativa-legal-sobre-contratos/>.

informados estén en condiciones de utilizar para entablar un diálogo deliberativo con los poderes públicos; eficacia y eficiencia del sector público, a los que coadyuva positivamente la transparencia sobre la economía en general, mejorando por ejemplo los ingresos per cápita y el control de la corrupción; recuperación de la legitimidad de los poderes públicos, al proporcionarles la transparencia una nueva legitimación.

Desde otro ángulo se aportó que dentro de la UE y sus Estados miembros, existen oficinas de auditorías interna y externa que supervisan los procedimientos de contratación y sus efectos. Varios países tienen estos organismos que se centran principalmente en medir la legalidad, la normativa contable, la eficiencia económica y eficacia. Ya sea de forma independiente y especializada como los órganos de contratación en Lituania y Polonia, o como organismos superiores de auditoría (EE.UU, UK, Italia y España)²²⁵.

VIII.5.Rendición de cuentas en España: El concepto de rendición de cuentas se relaciona directamente con el concepto accountability, que refiere a la situación del sujeto que tiene obligación de reportar, explicar o justificar algo. Y en concreto se define como el deber que tiene el funcionario público de informar sobre los recursos públicos y las consecuencias por no cumplir con los objetivos de desempeño no cumplidos²²⁶. Del Castillo la define como el proceso por el cual los funcionarios públicos y los gobernantes deben informar y explicar sus decisiones y actos de gobierno de manera tal que se hagan responsables del ejercicio de la autoridad pública que le fue conferida. Es un instrumento mediante el cual los funcionarios públicos explican detallada y documentadamente, lo que han hecho en el curso de su ejercicio, dando explicaciones de todo ello. De esa manera, la ciudadanía en

²²⁵ ROBINSON, Iván Ochsenius. La contratación pública y su apremiante control ¿Por qué medir nuestras adquisiciones y qué nos obliga a hacerlo?, p. 76.

²²⁶ ARMSTRONG, Elia. Integrity, Transparency and Accountability in Public Administration: Recent Trends, Regional and International Developments and Emerging Issues. Economic & Social Affairs. August: United Nations, 2005. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan020955.pdf>

general tendrá un nuevo elemento de consideración para informarse sobre dicha actuación, y tomar su postura al respecto.

Mirada la cuestión desde otra perspectiva, la transparencia forma parte de toda rendición de cuenta, porque es otra de las maneras de colocar en el conocimiento público la actuación de un funcionario público para que todos los interesados puedan analizarla y en su caso emplearla para aplicar las sanciones correspondientes en los casos anómalos de ejercicio de la función pública²²⁷.

En las últimas décadas, se han realizado importantes iniciativas desde Europa destinadas a promover la transparencia pública y administrativa que han servido como guías para la elaboración de la legislación española en esta materia, pudiéndose citar las siguientes:

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000 que recoge que todo ciudadano de la Unión, o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

El Libro Blanco de Gobernanza Europea aprobada por la Comisión del 25 de octubre de 2001, contiene una serie de recomendaciones cuya finalidad es profundizar en la democracia tratando de mejorar tanto la cantidad como el aumento de la calidad de la legitimidad de las instituciones.

El Convenio de 2009 del Consejo de Europa, de acceso a los documentos públicos, donde se incorpora la importancia del principio de

²²⁷ DEL CASTILLO, Arturo. Medición de la corrupción. Un indicador de la rendición de cuentas, 2003, p. 12. Documents/rendición%20de%20cuentas%20Del%20Castillo%20.pdf.

transparencia de las autoridades públicas en una democracia participativa, democrática y plural.

Paralelamente a nivel nacional se desarrollaron diversas normativas sobre esta cuestión:

Las Leyes 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público, constituyen las bases del sistema administrativo público, ad intra y ad extra como dicen los preámbulos de sendas leyes, debiéndose destacar en la primera sus arts. 13 de derechos de las personas en sus relaciones con la administración pública, y 53 de los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo; y de la segunda, me parece suficiente transcribir una parte de su preámbulo: “Entre los principios generales, que deberán respetar todas las Administraciones Públicas en su actuación y en sus relaciones recíprocas, además de encontrarse los ya mencionados en la Constitución Española de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, destaca la incorporación de los de transparencia y de planificación y dirección por objetivos, como exponentes de los nuevos criterios que han de guiar la actuación de todas las unidades administrativas”.

La Ley 11/2007 del 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos que implicó un hito, al incorporar la necesidad de poner a disposición de los ciudadanos de un punto acceso general en el cual encontrar la información y los servicios públicos de manera clara y sencilla.

La Ley 19/2013 del 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, conocida como la Ley de Transparencia, que ha tenido un fuerte impacto normativo.

España fue uno de los últimos países europeos en dictar una ley sobre transparencia, y por la Ley 19/2013 se pretendió profundizar y sentar un marco normativo básico compatible con el mundo actual y de los intereses que integran una democracia moderna y participativa. Su finalidad tiene un triple objetivo: incrementar la transparencia de la actividad pública, a través de obligaciones de publicidad activa; garantizar el derecho de acceso a la información; el cumplimiento de los responsables públicos de todas aquellas acciones de buen gobierno que deben realizar, previendo en su articulado las sanciones que podrían derivar de los incumplimientos. Su ámbito subjetivo de aplicación comprende a un conjunto muy grande de organismos, instituciones entre los que se pueden citar: todas las administraciones públicas; organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas estatales y de derecho público siempre que realicen funciones de regulación o de control de alguna actividad o sector; aquellas entidades de derecho público con personería jurídica propia, vinculadas o dependientes de las administraciones públicas, incluyéndose a las Universidades públicas; corporaciones de derecho público regidas por el Derecho Administrativo; la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de Diputados, la Cámara de Senadores, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial; el Banco de España, el Consejo del Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las entidades autonómicas similares; las sociedades mercantiles en cuales el capital societario sea de más del 50 % del sector público, las fundaciones del sector público y las asociaciones constituidas por las administraciones, organismos o entidades a las que se ha hecho referencia; partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales; aquellas personas jurídicas que reciban más de 100.000 euros de ayudas públicas o cuando más de un 40% de sus ingresos anuales provengan de ayudas o subvenciones públicas; personas físicas o jurídicas distintas e independientes a las

anteriores que presten servicios públicos y que están obligadas a prestar información a la Administración para cumplir ésta con las obligaciones que le impone la ley.

La ley divide en dos grandes ramas la transparencia del sector público y el deber de publicidad activa, por una parte; y por otra, lo atinente a la información pública y la buena gobernanza. Se instituye un órgano de contralor de la transparencia denominado Consejo de Transparencia y de buen gobierno, como organismo público independiente, con personería jurídica propia y plena capacidad pública y privada de actuar, siendo la meta invocada por su primer Presidenta, la de lograr una administración mejor, más abierta, y sobre todo más democrática, caracterizada por la transparencia y el gobierno abierto. Una administración, en suma, donde no haya esfera de oscuridad.

Específicamente en materia de rendición de cuentas de los funcionarios que integran los planteles permanente de la administración pública estatal, están regidos por la Ley 47/2003 del 26 de noviembre denominada como General Presupuestaria, y establece en su artículo 137 que las entidades integrantes del sector público estatal quedan sometidas al deber de rendir cuentas de sus operaciones, cualquiera sea su naturaleza, al Tribunal de Cuentas, mediante la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). Por lo tanto, los cuentadantes deberán remitir sus cuentas anuales aprobadas a la IGAE, dentro de los siete meses de finalizado el ejercicio económico; posteriormente la IGAE remitirá al Tribunal de Cuentas la mencionada documentación dentro del plazo de un mes de haberla recibido, siendo el mencionado Tribunal el responsable del examen y comprobación de la misma. Luego de la entrada en vigencia de la nueva Ley de del Sector Público en España, 9/16 se implementó la Plataforma de Rendición de Cuentas a través de la cual

se debe realizar la rendición de las cuentas generales correspondientes al ejercicio 2006 y posteriores y la remisión de la información relativa a las relaciones de contratos correspondientes a los ejercicio 2011 y posteriores²²⁸.

Se ha reconocido que es muy complejo montar un sistema de transparencia orientado a la rendición de cuentas; en la OCDE por ejemplo, el uso de la información sobre resultados no es todavía significativo; existen grandes dificultades para diseñar sistemas de información apropiados, dificultades que van más allá de los meros planteamientos técnicos y que tiene que ver con la pluralidad de intereses diversos y conflictivos en juego, así como la propia demanda de transparencia. La contratación es un lugar común de intereses contrapuestos: gobierno-oposición, las partes del contrato, los competidores del servicio, prestador del servicio-usuario final, etc. No es fácil estructurar la información para cubrir todas esas necesidades, partiendo de que existen obstáculos de base a la transparencia en materia de contratación, que podríamos resumir en los siguientes; la inabarcable extensión de la información y de la documentación, la falta de independencia de los órganos que elaboran la información agregada, los problemas derivados de la aplicación de los distintos regímenes jurídicos y el ingente número de poderes adjudicadores que aplican distintas políticas de compra pública. Por ello, la Ley 19 / 2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga a que el portal de transparencia contenga información de todos los contratos públicos y patrimoniales celebrados, independiente de su importe y tipo así como que la legislación de contratos permita su adjudicación por procedimientos sin publicidad, como lo dice su art. 8. La normativa sobre transparencia, también contiene nuevas obligaciones en lo que debe ser objeto de publicación en el portal de transparencia, las modificaciones del contrato

²²⁸ <https://rendiciondecuentas.es/>

y trimestralmente, los contratos menores. También deberán publicarse en el portal de transparencia las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos como lo pedía la doctrina; la ley exige la publicación de datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de los contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la Ley 09 / 17; las obligaciones de información que exige la ley de transparencia en materia de contratos públicos se realizan a través del portal de transparencia, sirven al concepto amplio de rendición de cuentas, no en el sentido contable sino con la concepción que ya desarrollé de accountability y tienen por objeto dar a conocer al público en general cómo se gestionan los contratos públicos; se debe diferenciar el perfil de contratante y el portal de transparencia, que son herramientas distintas, con diferentes objetivos, así como disímiles configuraciones jurídicas, destacando que la publicidad en el perfil tiene en muchas ocasiones, efectos jurídicos, mientras que ello no ocurre en ningún caso con la publicidad en el portal de transparencia. La Ley 9 / 2017 aporta una mejora substancial desde la perspectiva de los objetivos de la rendición de cuentas, dado que la información contractual que se publica en los portales de transparencia puede ser objeto de tratamiento, ordenación y sistematización; está publicada en formato abierto y editable, pudiendo el usuario que accede a la misma procesar libremente sus datos y analizar globalmente los procesos de contratación y la política de compras que una determinada entidad pública; en este sentido los portales de transparencia son herramientas valiosas de la rendición de cuentas que permiten saber en qué contratos se invierten los recursos públicos y a través de qué procedimientos, no son un repositorio de información sin sistematizar y sumas de millones de datos, sino que otorgan una información accesible suficiente para valorar la gestión contractual.

El Tribunal de Cuentas Europeo en un informe especial 10/2015, relacionado con la necesidad de profundizar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE, reconoce que muchos de los errores de la contratación pública puede deberse a la complejidad del marco legal y administrativo, dado el gran volumen de legislación y directrices, así como la dificultad de aplicarlas en la práctica, agravada por la falta de capacidad administrativa tanto en lo que respecta al desconocimiento de las normas como a la falta de conocimientos técnicos sobre las obras o servicios licitados. La planificación insuficiente e los proyectos y procedimientos de licitación constituye otra fuente de error, sobre todo en lo que respecta a la modificación o ampliación de los contratos en fase de gestión.

Las debilidades mencionadas, son nítidamente constatables en el sistema de contratación pública español, debiéndose para intentar corregir esa situación, realizar una capacitación y profesionalización total de la fase de planificación del contrato, así como lo relacionado a la transparencia, para poder controlar las decisiones que se tomen en esta etapa procedimental, habida cuenta que casi siempre perjudican a todo el contrato, y en muchos casos al propio poder administrador. Se pregona como modelo de referencia sobre esta cuestión, de evaluación previa de proyectos y análisis de las alternativas contractuales más viables para su desarrollo, el de EE.UU y UK, en el que existen organismos especializados de evaluación independientes del proponente y técnicas específicas de ponderación según el tipo de proyecto y el sector en que se aplique. Se debe además crear la autoridad independiente que vele sobre la aplicación de las normas de contratación pública, como dispone el art. 83 de la Directiva 2014/24/UE.

Seguro que el futuro traerá nuevas normas y más cambios en la gestión de la contratación pública, pero el escenario actual parece que en materia de contrataciones públicas español se presenta como definitivo y permanente.

En la Unión Europea se ha concluido el proceso de revisión y modernización normativa en contratación pública con la finalidad de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitar la participación de las PYME en la contratación y permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. La ley 9/17 traspone las directivas de la UE sobre contratación pública. Entre otras ventajas permite gestionar electrónicamente los contratos; utilizar obligatoriamente, bajo sanción de nulidad, la plataforma de contratación del Sector Público; la división en lotes, para que haya mayor participación de las PYMES y haya más empresas ejecutando contratos; mucho más trabajo derivado de las obligaciones de transparencia: perfil de contratante, plataforma de contratación de sector público; portal de transparencia; registro público de contratos; y con todo ello, una rendición de cuentas mucho más transparente, participativa y controlada.

Como dice Robinson²²⁹, existe una necesidad de supervisar que se cumplan los controles que las mismas legislaciones han dispuesto, además de implementar otros tipos de mediciones que complementen los existentes. Los mecanismos de control imperantes en la contratación no satisfacen todas sus exigencias y no garantizan todas las demandas, como se puso de manifiesto en este trabajo de investigación. Los controles internos y externos, así como su medición legal y presupuestaria-financiera, se basan en la mayoría de los casos, en constataciones mecánicas y rutinarias propias de la historia tradicional del servicio público.

²²⁹ Idem, pág. 81

Las exigencias, necesidades y nuevas realidades sobrevinientes piden otra clase de evaluaciones y ponderaciones complementarias, donde los datos relacionados con la eficacia y eficiencia sean los más importantes y se puedan ver en forma transversal, aumentando la transparencia de todos los procedimientos. Esto debe ser coadyuvado por el control social, lo que constituye una poderosa fuerza a la cual no se le otorgado toda su importancia, y que sin duda mejorará el control y la rendición de cuentas. Las funciones del control y de la rendición permiten no sólo el conocimiento y reparación de los errores de las adquisiciones, sino además, lograr su prevención, siendo éste el escenario al que tenemos que esforzarnos por llegar y potenciar. Quienes realicen tareas de control, deben propender a prevenir antes que a sancionar; tales técnicos y profesionales deben ser personas capacitadas que comprendan cómo funciona el proceso de adquisición en toda su dimensión, entregando sus recomendaciones y propuestas para que puedan ser medibles en el tiempo por el organismo controlado, y paralelamente mejoren el sistema de control. Para mejorar hay que medir y controlar; luego con ese control podemos rendir cuentas y entregar propuestas, para finalmente ponernos con la mejor de las disposiciones a la actuación esperada y exigida.

Capítulo 8: Sistemas de Resolución de Conflictos con causa en la Contratación Pública

Justicia administrativa. Los recursos y tribunales especiales administrativos. España. Inglaterra. Los Tribunales Arbitrales. Perú. El Sistema Nacional de Arbitraje (SNA – OSCE). España. Argentina. El arbitraje en la Argentina. El arbitraje comercial internacional en la Ley N° 27.449 de la República Argentina.

IX. Sistemas de Resolución de Conflictos con causa en la Contratación Pública

“Una de las cuestiones discutidas en el Derecho administrativo de América Latina y comparado es la de si los actos administrativos deben ser juzgados por tribunales judiciales y cuáles en su caso, o por tribunales administrativos: El criterio que parece ser mayoritario se inclina generalmente por el juzgamiento exclusivo a cargo de tribunales judiciales, sin creación de tribunales administrativos, y el debate se ha centrado en realidad alrededor de si tales tribunales judiciales deben ser los ordinarios, o deben ser tribunales comunes con competencia contencioso-administrativa, o si deben ser tribunales especiales de naturaleza judicial”.²³⁰

IX.1. Justicia administrativa

“Debido a ese crecimiento constante de la actividad administrativa del Estado contemporáneo, es preciso reforzar la protección de los particulares para que puedan defender sus derechos e intereses legítimos, y evitar su avasallamiento frente a la administración pública, y si bien existen varios instrumentos tutelares de carácter político y social, consideramos que los más importantes son los de naturaleza jurídica, los que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de la justicia administrativa. Sólo esta última puede impedir que el administrado de nuestra época quede confinado en los mundos aterradores de El Castillo, de Franz Kafka; 1984 de George Orwell y El Mundo Feliz de Aldous Huxley”²³¹

Corresponde en este punto abordar el marco teórico referente a la Justicia administrativa, definiendo el concepto que utilizaremos en el presente trabajo, despejando ambigüedades que las voces “*jurisdicción/justicia*” traen siempre consigo, defectos del giro idiomático del que no escapa por el hecho de estar calificada de “*administrativa*”.

Así, “si bien es cierto que la expresión “*jurisdicción*” tiene un sentido técnico preciso –como función de solucionar definitivamente conflictos entre partes o, con

²³⁰ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, t. 2, Bs. As., 2ª. Ed. 1998, p. 123.

²³¹ FIX – ZAMUDIO, Héctor. Concepto y contenido de la justicia administrativa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, p. 155-156.

las palabras de Couture, como “función de hacer justicia”-, en el lenguaje jurídico, sin embargo, es usada muy frecuentemente con otros significados”²³².

En efecto, toda vez que nos ocupamos de la Jurisdicción (a secas) nos vienen a la mente un puñado de definiciones aplicables. No obstante, como *función* será una cosa, como *porción de un territorio* será otra y como *conjunto de órganos* con una competencia/función determinada será, también, cosa distinta.

“Para poder examinar los diversos instrumentos jurídicos y procesales que comprende la justicia administrativa, debemos partir de un concepto así sea provisional de la misma, lo que no resulta sencillo debido a que habitualmente se confunde esta institución con la jurisdicción administrativa propiamente dicha. Sin embargo, no son equivalentes. En efecto, la justicia administrativa comprende un conjunto de instrumentos jurídicos y procesales para la tutela de los particulares frente a la administración pública, y entre estos mecanismos se encuentra la jurisdicción especializada en esta materia, que es uno de sus sectores más importantes. En esa virtud, la justicia administrativa debe considerarse como el género en el cual queda comprendida la jurisdicción para la solución de los conflictos entre la administración pública y los administrados por conducto del proceso”²³³.

Por lo tanto “la expresión “justicia administrativa”, aunque en un sentido técnico preciso aluda a la función jurisdiccional en materia administrativa²³⁴, es

²³² OVALE FAVELA, José. Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa en el derecho comparado y en el ordenamiento mexicano, Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 110, mayo-agosto de 1978, p. 234.

²³³ FIX – ZAMUDIO, Héctor, ob. cit., p. 179.

²³⁴ “La jurisdicción administrativa constituye un sector de esta función esencial de Estado contemporáneo, como un aspecto especializado de la misma por razón de la materia y con independencia del órgano público que ejerce la propia función, ya que debe partirse de un concepto que no sea puramente formal, puesto que en la realidad son numerosos los organismos que realizan esta actividad jurisdiccional, algunos pertenecientes a la esfera de la administración activa, centralizada o descentralizada, y otros están estructurados como verdaderos tribunales, ya sea que formen o no parte del poder judicial. Inclusive en relación con los tribunales judiciales es preciso distinguir entre los que poseen un carácter especializado y que un sector califica en cuanto a sus funciones como jurisdicción y proceso de lo contencioso administrativo”, FIX - ZAMUDIO, Héctor, ob. cit., p. 195.

regularmente entendida como el conjunto de órganos a los que se atribuye tal función”²³⁵.

Por tal motivo, siguiendo a Ovalle Favela, utilizaré la expresión “justicia administrativa” como comprensiva de los órganos, su función y al propio proceso administrativo.

Formuladas las aclaraciones que anteceden, podemos definirla como “la función ejercida por órganos ejecutivos independientes, esto es, tribunales sobre materias administrativas, más exactamente: para examinar los actos de la administración”²³⁶.

IX.2. Los recursos y Tribunales especiales administrativos

“Los recursos administrativos especiales son aquellos previstos en una norma jurídica especial, distinta de la que regula el procedimiento administrativo común, y que por tanto, dan lugar a un procedimiento impugnativo particular. Son recursos reservados para determinados ámbitos o materias y que son excluyentes, desplazando a los recursos ordinarios en su respectivo ámbito de aplicación”²³⁷.

Para Sánchez Morón²³⁸, citado por Ferrero, atribuir la resolución de los recursos administrativos a “órganos especializados de control no sometidos a instrucciones” es la solución más adecuada para otorgarle eficacia al sistema de recursos administrativos de tal modo que sirvan de garantía efectiva para los administrados.

“Existen varios sistemas de organización y competencia de los citados organismos jurisdiccionales administrativos. En primer lugar podemos señalar la

²³⁵ OVALLE FAVELA, José, ob. cit., p. 234.

²³⁶ MERKL, Adolfo. Teoría del derecho administrativo, México, Editora Nacional, 1975, p. 476; citado por OVALLE FAVELA, José, ob. cit., p. 235. Por su parte, para FIX – ZAMUDIO “...en sentido propio la justicia administrativa está constituida por un conjunto bastante amplio y crecientemente complejo de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de la administración pública o de la conducta en materia administrativa de cualquier autoridad, por medio de los cuales se resuelven los conflictos que se producen entre la administración y los administrados”. FIX – ZAMUDIO, Héctor, ob. cit., p. 156.

²³⁷ FERRERO, Álvaro Hernán. Recursos Administrativos Especiales en materia de contratación pública, Revista de la Facultad, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II (2013) 197-220, p. 202.

²³⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El control de las administraciones públicas y sus problemas, Espasa Calpe, Madrid, 1991.

tradición angloamericana, de acuerdo con la cual y en principio, las controversias administrativas se someten al conocimiento de los tribunales ordinarios, y que se puede calificar de judicialista. Pero con posterioridad a la Primera Guerra Mundial surgieron algunos organismos y tribunales especializados que resuelven los conflictos de los particulares con las autoridades administrativas. Durante la Revolución Francesa se estableció un régimen peculiar, ya que la ley judicial de 16-24 de agosto de 1790, prohibió a los jueces ordinarios conocer de los conflictos de carácter administrativo, y para decidirlos estableció un organismo jurisdiccional pero dentro de la esfera de la administración con la denominación de Consejo de Estado, que con el tiempo adquirió una gran independencia y extendió progresivamente sus facultades, en un principio restringidas (...) Un tercer régimen de organización judicial administrativa, es la que encomienda a tribunales especializados, dentro de la jurisdicción ordinaria, el conocimiento y resolución de los conflictos de naturaleza administrativa, que a su vez tiene dos modalidades. La primera y más extendida es la que confiere a ciertos organismos jurisdiccionales de diversa jerarquía el conocimiento de dichas controversias, pero se culmina en un único tribunal supremo, con varias salas, una de ellas especializada en dicha materia.

Como ejemplo del último modelo citado, puedo señalar la jurisdicción contencioso administrativa española, con fundamento en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 1998, en la que existen en un primer grado juzgados de lo contencioso administrativo unipersonales para ciertos conflictos, cuyas resoluciones pueden ser impugnadas ante la Sala de lo contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Otro tipo de asuntos de carácter central, se someten al conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y, finalmente, la culminación para la decisión de los recursos extraordinario de casación, excepcional de revisión así como algunas cuestiones especiales, decide definitivamente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, sin perjuicio de cuando se presentan cuestiones de constitucionalidad, se acuda por medio del recurso de

amparo ante el Tribunal Constitucional, pero todo ello dentro del principio de unidad de jurisdicción.

Otro modelo se encuentra en el ordenamiento alemán, en el cual se sigue el diverso principio de pluralidad de jurisdicciones (cinco en total), pero todas ellas situadas en el poder judicial, dentro del cual se han establecido tribunales administrativos de las entidades federativas (Länder), en las cuales también pueden crearse organismos jurisdiccionales de apelación, pero la decisión final corresponde al Tribunal Federal Administrativo que reside en la ciudad de Berlín, sin perjuicio de que se presente una cuestión de inconstitucionalidad, la que debe plantearse ante el Tribunal Federal Constitucional por conducto de la queja constitucional (Verfassungsbeschwerde, que se ha traducido al castellano como recurso de amparo) (...) Por lo que respecta a América Latina la organización y funcionamiento de los tribunales administrativos es muy variada, pues se adoptan varios de los modelos que hemos señalado, pero en general predomina la tendencia de su encuadramiento dentro del poder judicial, pero con diversos matices y modalidades. El único ordenamiento que sigue el paradigma francés es Colombia, que desde hace bastante tiempo separó la jurisdicción administrativa del poder judicial y estableció el Consejo de Estado como el tribunal especializado para resolver controversias de carácter administrativo así como algunas cuestiones de inconstitucionalidad”²³⁹.

A la par del anterior, esto es, de reconocer en estas vías remediales una garantía para el administrado, su fundamento también lo hemos de encontrar, conforme lo sentenciado por el Tribunal Constitucional de España en su sentencia 288/1994, en la necesidad de auto tutela de la administración.

En efecto, dijo aquél alto órgano que “a través de los recursos como medios jurídicos de impugnación, los ciudadanos contribuyen eficazmente a promover la legalidad de la actuación administrativa”.

²³⁹ FIX – ZAMUDIO, Héctor, ob. cit., p. 222.

En tren de describir sus ventajas, Sánchez Morón por un lado, les reconoce cuatro, a saber:

- 1) Garantiza un control objetivo e imparcial;
- 2) Pueden extenderse en el control de discrecionalidad y en la sustitución de las decisiones recurridas sin plantearse el problema del equilibrio de poderes;
- 3) Ofrecen mayores garantías de acierto al estar integrado por personal técnico; y
- 4) Constituyen un filtro eficaz de litigios descargando de trabajo al sistema judicial²⁴⁰.

A las que Gordillo agrega:

- 5) La posibilidad de aconsejar del tribunal;
- 6) Los menores costos;
- 7) La posibilidad de avenimiento;
- 8) El mayor margen de control de oportunidad en el dictado de la decisión y su discreción política;
- 9) La mayor flexibilidad en los términos del pronunciamiento²⁴¹;

IX.3. España²⁴².

En este punto, me parece importante realizar alguna reiteraciones de lo que ya consideré más arriba respecto del sistema de contrataciones públicas en el sistema normativo español, no por una obsesión repetitiva, sino para que sirva a los que se interesen y consulten la misma, sin necesidad de tener que remontarse a todo lo dicho con antelación.

²⁴⁰ FERRERO, Álvaro Hernán, ob. cit., p. 204.

²⁴¹ GORDILLO, Agustín A., ob. cit., págs. 128-138.

²⁴² “En España, la vigente ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimientos Administrativos Común (LRJPAC) establece la posibilidad de crear procedimientos de impugnación específicos para sustituir a los recursos ordinarios contemplados en la ley, en aquellos supuestos o ámbitos sectoriales determinados en los que la especificidad de la materia así lo justifique. También dispone que estos recursos especiales pueden interponerse ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas.” *Ibidem*, p. 203.

El sistema nacional español de contratación pública es tributario principal del Derecho de la Unión Europea y su Acervo Comunitario.

“Qué duda cabe que uno de los mayores ámbitos de influencia de las normas emanadas de las instituciones de la Unión Europea, es el referido a la contratación pública, en pro del mercado interior, y en acatamiento de las libertades establecidas en el Tratado de la Unión y, en particular, de la libre circulación de mercancías, la libertad del establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de tales libertades se derivan, como son el principio de la igualdad de trato, el principio de la no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de la proporcionalidad y el principio de transparencia. Efectivamente las Directivas de coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos de obras 93/37/CE, de 14 de junio, servicios 93/36/CE de 14 de junio y suministros 92/50/CEE, de 18 de junio, que a su vez fueron derogadas por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de contratos públicos de obras, servicios y suministros, establecieron una normativa común en materia de adjudicación de contratos, que fue objeto de transposición en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas...”²⁴³

A su turno, por la exigencia de adaptación a aquél régimen, le corresponde al Estado español dictar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, producto de lo cual fue la sanción de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (que derogara el Decreto 923/1965).

Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden emitir sus leyes sobre contratación particulares (en materias no básicas).

Las sucesivas y constantes modificaciones de la Ley de Contratos de 1995 tuvieron como consecuencia el pronunciamiento del Real Decreto Legislativo 2/2000, mediante el cual se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las

²⁴³ HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena. El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, Nº 28, Madrid, junio, 2013.

Administraciones Públicas (TRLCAP). Posteriormente, dicho cuerpo normativo fue modificado por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (LCSP) la que, a su vez, fue derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprobara el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF); el sistema también se integraba por la Ley 31/2007 de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (fruto de la transposición al régimen español de la Directiva 2004/17/CE) y por la Ley 24/2011 de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad (que incorpora a España la Directiva 2009/81/CE).

Son también de aplicación en éste tema el Real Decreto 817/2009 y el Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), en todo lo que no contradiga a la LCSP.

Como es fácil advertir tras la reseña efectuada, el plexo normativo español en la materia ha experimentado con una seguidilla de preceptos de distintos niveles de producción normativa que lo convirtieron en un sistema complejo, constantemente reformado²⁴⁴, lo que conspiró contra la siempre anhelada seguridad jurídica,

²⁴⁴ “El TRLCSF vino a integrar y ordenar en un texto único las disposiciones aplicables a la contratación del sector público contenidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con las sucesivas leyes que la habían modificado; así como las normas sobre la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (los únicos preceptos de esta norma que seguían vigentes tras la aprobación de la LCSP) y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Ese era su efímero objetivo, porque sin ánimo de exhaustividad en esta vorágine modificadora, desde su publicación y entrada en vigor el TRLCSF ha sido modificado por normas como: 1. La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (...); 2. El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; 3. El Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros (...); 4. La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; 5. La Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público; 6. La Ley 10/2013, de 24 de julio, por la cual se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre fármaco vigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (...); 7. La Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; 8. También nos encontramos como importante reforma con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que introduce en su capítulo II una serie de medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores y lleva a cabo de esta forma una

máxime en un ámbito de trascendental importancia para la vida del Estado como son las compras públicas, como lo destacara en capítulos anteriores.

Un cierto nivel de complejidad es inherente a cualquier sistema de contratación pública, pero el nivel de complejidad del marco legal y administrativo vigente se considera un problema. Según el 90% de las 69 autoridades de auditoría que respondieron a la encuesta realizada para la presente fiscalización (...) el marco legal para la adjudicación de contratos públicos de su país es más complejo de lo necesario. Los encuestados señalaron que los errores se deben principalmente al gran volumen de legislación o de directrices, o la dificultad de aplicarlas en la práctica y a la falta de conocimientos técnicos para llevar a cabo el procedimiento de contratación pública. Casi la mitad de los encuestados apuntó a que el aspecto que más podría mejorar sería la simplificación de los procedimientos...”; Observación 25º, Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo sobre la Necesidad de Intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de la contratación pública que afectan el gasto de la UE en el ámbito de la cohesión.

Finalmente, y ante dicho escenario, germinó la Ley 9/2017 por la que se transponen dos nuevas Directivas comunitarias, como son la Directiva 2014/24/UE (sobre contratación pública) y la más novedosa, ya que carece de precedente en la

importante reforma del TRLCSP, con el objetivo de llevar a cabo una simplificación de los procedimientos de contratación. 9. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (...); 10. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (...); 11. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; 12. La Ley 22/2013, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado (...); 13. La Ley 25/2013, de 28 de diciembre, de factura electrónica y creación del Registro Contable; 14. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (...); 15. El Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas (...); 16. La Ley 13/2014, de 14 de julio, de transformación del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores (...). Además de ello, no podemos olvidar la Corrección de errores del TRLCSP de fecha 3 de febrero de 2012, casi tres meses después de su publicación y dos de su entrada en vigor y tampoco otras normas modificadoras del TRLCSP como la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012 y la Orden HAP/2425/2013, de 23 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2014, que traspone lo establecido por el Reglamento UE 1336/2013, de 13 de diciembre de 2013, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Por si fuera poco a la ristra de modificaciones anteriores se suma, la última modificación que ha afectado de lleno al régimen de revisión de precios regulado en el TRLCSP, que se ha visto notablemente alterado por la aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.” Moreno Molina José Antonio y Santiago Jaime Pintos, El sistema español de contratación pública, Derecho Comparado de la Contratación Pública, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, 1-2015 ISSN:E 1887-0929, www.liberlex.com, p. 208.

normativa comunitaria, como es la Directiva 2014/23/UE (relativa a la adjudicación de contratos de concesión), quedando la Directiva 2014/25/UE (relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales) para su transposición por una futura Ley; todas ellas en su conjunto vienen a sustituir a la Directiva 2004/18/CE (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) y la Directiva 2004/17/CE (sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales) antes referidas.

Estas Directivas -se expresa en el Preámbulo de la Ley 9/2017- son la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010, que después de diversas propuestas y negociaciones primero en la Comisión, luego en el Consejo de la Unión Europea y finalmente, entre el Parlamento y el Consejo, fue finalmente aprobado por aquel, el 15 de enero de 2014, siendo publicadas estas normas en el DOUE el 28 de marzo de 2014.

Con esta normativa -concluye el legislador español- la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, se hacía preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública, lo que también ha sido un logro de estas Directivas.

El mismo preámbulo citado destaca también en la Ley 9/2017 que “...**si bien el motivo determinante de la presente Ley es la transposición de las dos Directivas citadas, no es el único.** Así, esta Ley, teniendo como punto de partida dicha transposición, no se limita a ello, **sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro,** mediante el cual se

consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos” (el destacado me corresponde).

La norma de marras se ha estructurado en un Título Preliminar dedicado a recoger las Disposiciones Generales y cuatro libros, referidos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).

En lo que aquí nos interesa, el Libro I a través de sendos capítulos se ocupa del Régimen de Invalidez y del Recurso Especial en materia de contratación pública (Capítulos IV y V respectivamente)²⁴⁵.

Sus principales características son:

- 1) El régimen de invalidez se estructura conforme el artículo 38 sobre la base de tres grandes causas que pueden viciar el contrato (su preparación o trámite de adjudicación inclusive), a saber:
 - a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.
 - b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo;

²⁴⁵ “La idea de incluir toda la regulación de la revisión de decisiones en materia de contrataciones públicas en un mismo apartado es fruto de las recomendaciones contenidas en el Dictamen del Consejo de Estado. Esta medida ha sido aplaudida por Moreno Molina para quien de este modo “se le otorga la relevancia que merece al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y se garantiza una mayor seguridad jurídica que si se hubiera fragmentado la regulación de la materia en diversos Libros dentro de la compleja estructura de la LCSP”, FERRERO, Álvaro Hernán, ob. cit., p. 206.

- c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado.
- 2) Se diferencian los vicios que ocasionan actos nulos, de aquellos que causan su anulabilidad, diferenciándose en consecuencia el régimen jurídico aplicable en uno y otro supuesto²⁴⁶;
 - 3) Se prevé la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos;
 - 4) Se mantiene el carácter potestativo y gratuito del recurso especial²⁴⁷;
 - 5) Se amplían los actos objeto de este recurso;
 - 6) La legitimación activa es amplia;
 - 7) El ámbito objetivo de los recursos son los contratos a los que el legislador consideró que, independientemente de estar sujetos a Regulación Armonizada (SARA), por su significación económica le corresponde un trámite especial; los contratos que no superen el piso económico serán revisados conforme la LRJPAC²⁴⁸;
 - 8) El recurso especial en materia de contratación tiene carácter exclusivo²⁴⁹;
 - 9) El recurso especial tiene naturaleza precontractual²⁵⁰;

²⁴⁶ Vale aquí lo señalado por SARMIENTO ACOSTA, citado por FERRERO, quien sostiene que “uno de los recursos técnicos indispensables para que cualquier sistema de recursos pueda establecer elementos de garantía es su flexibilidad y claridad, esto es, que los recursos conformen un sistema inteligible y coherente para el ciudadano medio, lo cual conduce derechamente a la unificación del sistema”, FERRERO, Álvaro Hernán, ob. cit., p. 212.

²⁴⁷ En contra FELIÚ, para quien el recurso debería “...tener carácter obligatorio y no potestativo para evitar problemas procesales (...) y procedimentales que pueden resentir la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, generar una innecesaria inseguridad jurídica. Lo expone muy elocuentemente M. A. Bernal Blay cuando afirma que “el carácter potestativo del recurso supone de facto la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación (...) De estas diferencias procesales, la que con mayor claridad se advierte es el plazo para la interposición de los recursos”, FELIÚ José María, Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe CORA. Balance y prospectiva, Revista Catalana de dret públic, núm. 47, 2013, p. 99.

²⁴⁸ “Al respecto, el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006 del Proyecto de la LCSP afirmó que “esta distinción entre mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos” y volvió a reiterarlo en el dictamen 499/2010 del proyecto de reforma de la LCSP. En dicha oportunidad remarcó que “la conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Por estas razones, y aún cuando la directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos”, FERRERO Álvaro Hernán, ob. cit., p. 208.

²⁴⁹ Cfr. HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena, ob. cit., p. 105.

- 10) Se reglamenta la solicitud de medidas cautelares (con carácter previo o posterior a articular el recurso especial), sujeto a previa caución - en su caso- y con audiencia previa del órgano de contratación y susceptibles de caducar sino se interpone el recurso especial en tiempo propio²⁵¹;
- 11) La interposición del recurso suspende automáticamente la ejecución del acto recurrido;
- 12) El órgano encargado de la resolución de las cuestiones de nulidad y del recurso especial es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con competencia en el ámbito de la Administración General del Estado, adscripto al Ministerio de Economía y Función Pública²⁵², el que tiene la siguiente fisonomía:
 - a) Como su nombre lo indica es un órgano administrativo²⁵³;
 - b) Tiene naturaleza jurisdiccional o, al menos, cuasi jurisdiccional²⁵⁴;
 - c) Es independiente²⁵⁵;

²⁵⁰ "...define su ámbito de aplicación respecto de todos aquellos actos relacionados con la licitación administrativa previos a la formalización del contrato...". HERNÁEZ SALGUERO Elena, ob. cit., p. 92.

²⁵¹ "La eficacia del recurso está íntimamente vinculada con la posibilidad de establecer medidas cautelares, bien previas o bien coetáneas a la interposición del recurso...", HERNÁEZ SALGUERO Helena, ob. cit., p. 85.

²⁵² "La normativa comunitaria prescribe que sea un órgano independiente quien declare la ineficacia de los contratos públicos, pero no obliga a que tenga esa característica quien se ocupe de resolver los recursos que no estén referidos a las causales de nulidad enumeradas en la directiva, y tampoco exige que dicho ente ostente el carácter de jurisdiccional ni que sea un órgano administrativo ni judicial", FERRERO Álvaro Hernán, ob. cit., p 212.

²⁵³ "El legislador al establecer un organismo independiente tuvo presente otra de las exigencias de las Directivas Comunitarias: que el recurso que debe resolver dicho órgano sea rápido. La decisión de crear un tribunal administrativo y no judicial obedece principalmente a ésta última exigencia pues no podía garantizarse esta si se encargaba su resolución a los juzgados. Los recursos que resuelve el TACRC según su Presidente demoran una media de 4 semanas, lo que demuestra que se está cumpliendo con lo esperado." Álvaro Hernán Ferrero, p. 216. "La primera característica destacable del recurso en materia de contratación es que se trata de un recurso administrativo, cuyo conocimiento corresponde a un órgano administrativo, elección adoptada por el legislador español, ante las dos opciones que preveía la normativa europea, a saber, o bien el establecimiento de un recurso jurisdiccional con órganos especializados para ello, o bien un recurso administrativo, con órganos también especializados, pero debiendo primar en este caso el carácter independiente del órgano encargado de su resolución", HERNÁEZ SALGUERO, Elena, ob. cit., p. 86.

²⁵⁴ "Dijimos que el Tribunal es un órgano administrativo, pero ello no implica negarle la condición de "órgano jurisdiccional" de acuerdo al concepto autónomo de derecho comunitario (...) Según el TJCE las características que debe reunir un órgano para ser considerado jurisdiccional son: a) origen legal y permanencia; b) que la jurisdicción sea obligatoria al ser necesario reclamar previamente ante estos para poder recurrir en vía contencioso-administrativa; c) que sus resoluciones firmes tengan fuerza obligatoria; d) que sus resoluciones se adopten dentro de un procedimiento contradictorio; e) que aplique normas jurídicas es decir que esté obligado a motivar sus decisiones; f) que sea un órgano independiente, esto es, que resuelva sus reclamaciones contra las decisiones de Administración sin recibir instrucción alguna de la misma." FERRERO Álvaro Hernán, ob. cit., p. 217. "...si bien cabe señalar que aunque es obvio que no se trata de órganos jurisdiccionales, entre otras cosas porque no se integran en el Poder Judicial, lo cierto es que puede ser considerado como un órgano de naturaleza cuasi jurisdiccional", Elena Hernández Salguero, ob. cit., p. 88.

- d) Sus miembros deben ser electos y removidos con los mismos formalismos que para los jueces. Su presidente debe contar con las mismas cualidades jurídicas y profesionales que un juez²⁵⁶;
- e) Los mandatos son periódicos (6 años) e improrrogables;
- f) Los jueces tienen garantía de inamovilidad²⁵⁷;
- g) Tiene función revisora²⁵⁸;
- h) Las decisiones del TACRC pueden ser recurridas por los particulares o por las Administraciones Públicas mediante recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional²⁵⁹.

Las principales novedades en relación con el recurso especial en materia de contratación son las siguientes²⁶⁰:

²⁵⁵ “La independencia del Tribunal se manifiesta en que no tiene un superior jerárquico y que ningún órgano administrativo puede revisar sus decisiones (...) Pero existe actualmente una circunstancia que puede ir en contra de la independencia del TACRC, por ser este un órgano adscrito al MEH no goza de partidas presupuestarias propias ni tiene la facultad de designar su personal, por lo que los gastos necesarios para su funcionamiento y el nombramiento del personal lo realiza la Subsecretaría de Economía y Hacienda”, FERRERO, Álvaro Hernán, ob. cit., p. 215.

²⁵⁶ La especialidad del Tribunal hace que legalmente se prefiera la formación en Derecho Administrativo de sus miembros.

²⁵⁷ Por lo que sólo pueden ser removidos por: a) Por expiración de su mandato; b) Por renuncia aceptada por el Gobierno; c) Por pérdida de la nacionalidad española; d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones; e) Por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito; f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.

²⁵⁸ “En este sentido estamos más de acuerdo con la doctrina del Tribunal Central de recursos contractuales que entre otras en su Resolución 191/2012, considera que el recurso tiene una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad”, HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena ob. cit., p. 90.

²⁵⁹ “La circunstancia de que este órgano actúe de manera independiente a los demás organismos de la AGE produce una particularidad respecto de la legitimación activa del recurso contencioso administrativo (...) Con objeto de mantener esta singularidad ha parecido más adecuado asimilarlos en todo a la posición de los órganos jurisdiccionales suprimiendo la posibilidad de que sean consideradas como demandados en los recursos contencioso administrativos que se interpongan contra sus resoluciones”, FERRERO Álvaro Hernán, ob. cit., p. 216.

²⁶⁰ Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, Uría – Menéndez, www.uria.com; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO María del Carmen y RODRÍGUEZ Luis Jaime, Novedades introducidas por la ley 9 /2017, de 8 de noviembre 2017, de contratos del sector público. Una primera aproximación, www.derechopublicoglobal.es/wpcontent/uploads/2017/11/Presentacion_Xornadas_Contratacion_Luis_J.pdf; GIMENO FELIÚ, José María. La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública, Observatorio de Contratación Pública, 23/10/2017.

- 1) En primer lugar, la LCSP suprime la cuestión de nulidad. Se trata más bien de una reordenación de los medios de impugnación previstos en la Ley, pues las causas que permitían la interposición de la cuestión de nulidad podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación.
- 2) Se refuerza el recurso especial en materia de contratación ampliando su ámbito de aplicación en un doble sentido:
 - Por un lado, se reducen las cuantías que dan acceso al recurso. A partir de la entrada en vigor de la norma serán susceptibles de recurso los actos recogidos en la LCSP referidos a (i) los contratos de obra con valor estimado superior a 3.000.000 de euros; (ii) los contratos de suministro y servicio con valor estimado superior a 100.000 euros; y (iii) las concesiones de obras o servicios con valor estimado superior a 3.000.000 de euros.
 - Por otro lado, se amplían las actuaciones susceptibles de este recurso. Destaca a este respecto la posibilidad de recurrir actos relacionados con contratos administrativos especiales cuando, por sus características, no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios, así como los encargos a medios propios cuando no sea posible fijar su importe o cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a 100.000 euros. Es importante destacar igualmente la posibilidad de recurrir modificaciones previstas o no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares cuando pueda entenderse que debieron ser objeto de una nueva adjudicación. Como se ha mencionado, cabe también el recurso especial contra la formalización de encargos a medios propios en los casos en que aquellos no

cumplan los requisitos legales. Y se amplía también el recurso a los acuerdos de rescate de concesiones, y a los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de contratos de obras, suministro o servicios, así como a los contratos basados en cualquiera de ellos.

- 3) Se legitima a las organizaciones sindicales para interponer este recurso cuando de las decisiones recurribles se pudiera deducir fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplirán las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. Se incluye también un reconocimiento expreso de la legitimación de las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses colectivos afectados por el acto impugnado.
- 4) Se habilita a los Ayuntamientos de municipios de gran población, conforme al artículo 121 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y a las Diputaciones Provinciales para la creación de un órgano especializado con competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación.

IX.4. Inglaterra:

Como punto de partida resulta conveniente tener claro que en los países anglosajones ha venido predominando el Poder Judicial como órgano de control y el derecho común por sobre el Derecho Administrativo, a diferencia de Francia, España y otros países de Europa continental, en los que éste último ha tenido mayor evolución, con comisiones o Tribunales Administrativos controlantes de la actividad gubernativa²⁶¹.

²⁶¹ ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, Sabino. La especialización de los tribunales contencioso – administrativos, Revista ...Nº..., 1961, p. 22. Crf. SOTO CLOSS, Eduardo, ¿Existe un Derecho Administrativo inglés?, Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 70, 1973, pág. 1, para quien "...durante mucho tiempo ha existido el mito de la inexistencia de un régimen jurídico especial y. de una cierta primitiva concepción de las

Dicha historia sin embargo, ha sufrido una evolución importante a lo largo de los últimos cuarenta años²⁶², sobre todo en el tema de la contratación pública.

En efecto, los contratos públicos han sido tratados tradicionalmente, como anticipáramos, desde la órbita y bajo la influencia del derecho común o privado. No obstante, producto de la decisiva influencia del Derecho Europeo (Directivas CE) y de la jurisprudencia se ha iniciado el camino hacia su publicización²⁶³.

De lo antes dicho surgen, al decir de Codina García-Andrade, dos importantes consecuencias: No existe cuerpo normativo especial que codifique la materia ni, por ende, ha sido necesario crear un tribunal especializado en casos de contratación.

Agrega Codina García-Andrade, en el mismo lugar citado, que en los últimos treinta años se han producido ciertos cambios que obligan a matizar estas afirmaciones, y hoy, aunque válidas, no son absolutas. En primer lugar un régimen de contratación, el europeo, que se ha transpuesto, en una serie de normas especiales y que impone ciertas limitaciones a la idea de la contratación pública como mera materia jurídico-privada. En segundo lugar, si bien no existe un tribunal específico -ni administrativo ni judicial- para la contratación pública, sí se

relaciones Administración-súbdito (administrado), fruto todo ello —quizá— de la influencia de un autor sin duda eminente, tal como fue A. V. DICEY. Bajo su influencia, durante décadas se oponía al sistema inglés — que él llamara de modo tan anodino *rule of law* — el régimen jurídico administrativo francés, con su sistema contencioso especial, y un derecho jurisprudencial elaborado por el Conseil d'État: estos dos sistemas —para DICEY— eran tan opuestos que, según su opinión, el segundo era un verdadero instrumento de despotismo gubernamental (con sus privilegios y prerrogativas frente al particular), siendo el primero, en cambio, un real modo de garantía del particular a través del imperio de la ley (*rule of law*)”.

²⁶² “Lo cierto es que el régimen típicamente inglés de la administración local —el *self-government*— que diera origen a un modo tan peculiar de organización administrativa —productor de esas notas características que hemos enunciado— y en un régimen jurídico también especial varió notoriamente a partir de las reformas legales comenzadas bajo el gobierno de PEEL en 1833 con la llamada «Ley de Fábricas» (*Mills and Faetones Act*), y en 1834 con la llamada «Ley de Pobres» (*Poor Law Amendment Act*).” Y “Esa centralización acentuada de la Administración significó un cambio de perspectiva bastante ostensible, y comportó la creación de una verdadera Administración central, con amplios poderes en tiempos de la primera guerra mundial...” Pero no sólo respecto al fundamento mismo del sistema, sino a las notas características del mismo, es que ha variado notoriamente el régimen inglés: la supremacía del Derecho —én cuanto inexistencia de prerrogativas y privilegios—, y la sola sumisión del súbdito a la Ley y al juez que realiza la Justicia, no han persistido en esta época centralizadora antes mencionada”. SOTO KLOSS Eduardo, ob. cit., pp. 121-122.

²⁶³ CODINA GARCÍA – ANDRADE, Xavier. Introducción al régimen inglés de los contratos públicos, *Revista de Administración Pública*, ISSN:0034-7639, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014), p. 416.

ha creado una sección especial dentro de la High Court encargada de tratar con estos temas, así como otros de índole jurídico-administrativa.

“La nota quizá más característica del Derecho inglés –hasta hace muy poco– ha sido la ausencia de un estatuto jurídico orgánico determinante de la organización estatal, y el rechazo de una concepción corporativa o personalista del Estado. De estas peculiaridades se sigue una muy especial conclusión respecto al sistema jurídico aplicable, pues al desconocer la corporatividad del Estado, su personalización desconoce un poder “administrador”, del Estado ejerciéndose sobre los súbditos, y –en consecuencia– quien ejerce la función ejecutiva de las leyes está sometido al igual que un particular a la ley” y “Este self-governniert –sin interferencias por parte de la Corona, ni respecto a controles, ni respecto a nombramientos– significó hasta mediados del siglo XIX la existencia de un régimen jurídico que fue típico, y sirvió para garantizar –en oposición al continente– la sumisión de la autoridad administrativa al Derecho. Esos rasgos peculiares podrían sintetizarse en “dos puntos fundamentales: la supremacía del Derecho, por sobre todo privilegio, y la igual sumisión de los individuos al Derecho, cuya defensa y tutela se encontraba encomendada a los tribunales llamados de la common law (es decir, lo que hoy en día serían los llamados «tribunales ordinarios»)”.

En lo relativo al primer tópico, el estrictamente normativo, el esquema inglés no parece escapar al común de sus pares, pues se muestra según Davies como “una complicada mezcla de directrices gubernamentales, legislación doméstica y normas europeas”²⁶⁴.

Este sistema se compone, grosso modo, de las normas derivadas de la transposición de Directivas europeas, originariamente como simples directrices y luego ya sí como *regulations*, las *Public Contracts Regulations*²⁶⁵. Jerárquicamente inferiores a éstas, encontramos normas sectoriales²⁶⁶ que contienen disposiciones de

²⁶⁴ DAVIES A.C.L., *The public law of government contracts*, citado por CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 417.

²⁶⁵ *Public Contracts Regulations 2006*, SI 2006/5 y las *Utilities Contracts Regulations 2006*, SI 2006/6.

²⁶⁶ La *transport Act*, la *Local Government Act*, la *Transfer of Undertaking Protection of Employment Regulations SI 2006/246*.

contratación propias, las directrices²⁶⁷ y recomendaciones o *informal guidance*, y por último el mecanismo de modelos o plantillas²⁶⁸ que permite aplicar de manera objetiva la experiencia acumulada en contratos anteriores²⁶⁹.

El sistema así someramente descrito tiene una consecuencia principal, cual es, el alto grado de discrecionalidad con que cuentan los órganos de contratación ingleses.

A su vez, esa mayor discrecionalidad y libertad estatal (fruto del entramado normativo reseñado de fuente primordialmente privada, la ausencia de normas de procedimiento de contratación, el alto costo que supone el acceso a la jurisdicción²⁷⁰ y la imposición en los pliegos de contratación de medios alternativos de resolución de conflictos) trae aparejado un bajo índice de litigiosidad.

La Administración puede y prefiere negociar antes que litigar. A su turno, los jueces tienen recelo de ir contra decisiones sustentadas en cuestiones técnicas que generalmente desconocen, cuando no en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia en donde no les es dable inquirir.

En el Reino Unido predomina una “visión pragmática” en la expresión de Braun, según la cual las normas se cumplen siempre que no sean incompatibles con aspectos comerciales²⁷¹.

Todo lo cual permite a contratistas y entes adjudicadores actuar de manera cuestionable²⁷², lo que obedece en gran medida también al objetivo que se traza la

²⁶⁷ “Los únicos elementos de derecho público que guían la contratación bajo el sistema tradicional son las directrices (*administrative directions*) y recomendaciones (las formales *circulars* o las más informales *guidelines*) que emitían los órganos administrativos correspondientes”, CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 418.

²⁶⁸ Por ejemplo la *Procurement Policy Note 4/14 Contracting for Value – Model Service Contract*, por la que se aprueba un nuevo modelo de contrato de servicios, CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 417.

²⁶⁹ Ídem.

²⁷⁰ “En Inglaterra, ante los Tribunales ordinarios se ventilaban cuestiones administrativas, incluso de responsabilidad por infracciones de forma, cometidas por funcionarios estatales al introducirse aquella en 1947, por la *Crown Proceeding Act*; pero para llevar esas cuestiones ante aquellos tribunales especiales, que tienen como característica la gratuidad, y debido al costo del servicio y a la lentitud del procedimiento judicial se produce una reacción a favor de los tribunales estrictamente administrativos”, LAWSON, Lo contencioso administrativo en Inglaterra, Revista del Instituto de Derecho Comparado, núm. 4, enero-junio, 1955, págs.. 141-142, citado por ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO Sabino, ob. cit., p. 23.

²⁷¹ CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 424.

Administración inglesa en materia de compras públicas: obtener el *value for Money* y no tanto la transparencia²⁷³.

Asimismo, ya en lo atinente al órgano de control que no es uno especial, sino el propio poder judicial²⁷⁴, se esquematiza a partir de la doctrina del *judicial review*²⁷⁵, esto es, la aplicación por los tribunales de un conjunto de principios administrativos que éstos consideran implícitos en las leyes²⁷⁶. Construcción que ha venido evolucionando en procura de mitigar, al menos en parte, aquella discrecionalidad que apuntáramos como propia del quehacer público²⁷⁷.

²⁷² Ídem.

²⁷³ “El concepto de VFM persigue la eficiencia y la eficacia de los contratos públicos y no se basa sólo en el menor precio, sino en el conjunto del coste total (*whole life cost*) y la calidad del producto o servicio. En cuanto a los medios, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, transparencia y competencia no han sido tradicionalmente consideradas medios para alcanzar el objetivo del VFM (...) No ha sido hasta la entrada en juego de la legislación europea cuando esta visión ha ido cambiando y ha influido en los contratos fuera de su alcance.” CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 420-421.

²⁷⁴ La lucha contra el Poder real (y, en especial, motivada por la imposición de tributos, que no eran votados por el Parlamento) culminó —podría decirse— con la promulgación de la Declaración de Derechos, en tiempos de Guillermo III: de este nuevo estatuto resultó toda una estructura nueva de gobierno local que influiría de modo fundamental en el sistema administrativo inglés, lo cual, unido a la concepción judicialista inglesa —el juez como órgano esencial del Derecho, el juez garante de la seguridad individual, y servidor de la justicia—, permitió una situación muy diferente a la existente en el continente.” Eduardo Soto Kloss, ob. cit., p. 116. En contra Robson “...para quien en la mencionada monografía titulada *Justicia y Derecho Administrativo*, opina que ya existe una jurisdicción administrativa especial, pero quizá porque el Derecho Administrativo está en embrión, los Tribunales son comisiones que figuran en el Poder ejecutivo, pues no hay un órgano jurisdiccional independiente y prestigioso (...) Acusa el referido autor la presencia de fuentes de Derecho Administrativo en los reglamentos, las decisiones administrativas y de las jurisdicciones administrativas, y en las costumbres, usos y convenios”. ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO SABINO., ob. cit., p. 26.

²⁷⁵ El control, entonces, que ejercen los tribunales sobre la actuación de las autoridades administrativas, llamado control jurisdiccional (*judicial review*) 114), recae sobre la legitimidad en el uso de los poderes jurídicos a ellas atribuidos, esto es, que sean dichos poderes jurídicos concretados *intra vires*, dentro del marco de atribuciones otorgadas por el Parlamento (no debe olvidarse que en la concepción inglesa de los Poderes, el ejecutivo, en principio, carece de un poder normativo autónomo); de allí -que este control sea sólo un control de «revisión judicial» del uso de tales poderes, no entrando, en consecuencia, a examinar el llamado «mérito» de la decisión administrativo (15), sino que al decidir un tribunal, si acoge el recurso procesal interpuesto, anula la decisión; atacada, dando lugar así a la posibilidad de comenzar nuevamente un procedimiento a fin de dictar una nueva decisión administrativa, que no exceda los poderes jurídicos que han sido conferidos a una autoridad administrativa dada.” SOTO KLOSS Eduardo, ob. cit., p. 116.

²⁷⁶ “En la tradicional discusión acerca de la necesidad o no de articular un sistema de derecho público que regule adecuadamente los contratos de la Administración juegan un papel muy destacado los principios generales englobados bajo el denominado *judicial review* y que son estudiados por el derecho administrativo”. CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 430.

²⁷⁷ “Lejos ha de estarse de la idea de creer que las autoridades de tipo gubernamental o administrativo en Inglaterra hayan estado exentas de control, sea por parte de los Tribunales, sea de parte del Parlamento; tal control tuvo especial consagración desde la revolución de 1688, y particularmente a través de la Act of Settlement, de 1701. Pero lo que debe, sí, hacerse notar es que el control realizado por los magistrados de la High Court, con el expansivo movimiento social producido desde la segunda mitad del siglo xix, fue perdiendo gran parte de su eficacia por una curiosa inadaptación a las nuevas circunstancias, para llegar a una total

Así las cosas, la jurisdicción controlará las decisiones administrativas²⁷⁸ y entre ellas los contratos de compras públicas²⁷⁹, cuando exista en la decisión:

- 1) Ilegalidad;
- 2) Irrazonabilidad; o
- 3) Falta de observancia de las reglas básicas de justicia e imparcialidad en el procedimiento de toma de decisión.

No obstante, la aplicación de los principios referidos será de interpretación restrictiva²⁸⁰ pues, conforme la jurisprudencia mayoritaria (sumada a la escasa tasa de litigación que mencionáramos antes) sólo serán justiciables, según éstos parámetros de control, los contratos que tengan *algún elemento de derecho público*, con la dificultad propia de delimitar el concepto para saber en qué supuestos se está o no ante un *elemento de derecho público*²⁸¹.

Ahora bien, la coyuntura de una época de postguerra²⁸² signada por las demandas sociales crecientes, la emergencia y la necesidad de su conjura urgente,

insuficiencia desde que los asuntos administrativos ocuparon la mayor parte de la actividad del gobierno central, mucho más aún con la práctica de poderes normativos delegados en el ejecutivo por el Parlamento, transformando a dicho ejecutivo en un acabado “Poder administrador”, SOTO KLOSS Eduardo, ob. cit., p. 124.

²⁷⁸ “Entre los «remedies» fundados en la common law, se encuentran los llamados *prerogative orders*, que consagran las acciones de importancia fundamental para la tutela de los derechos e intereses de los administrados, tales como el *certiorari*, y *prohibitum*, pudiéndose agregar el *mandamus*, verdadero recurso para obtener coactivamente la ejecución de un deber incumplido de parte de las autoridades administrativas, siendo los dos primeros los medios procesales usuales de control de la Administración”, SOTO KLOSS Eduardo, ob. cit., p. 126

²⁷⁹ “Sin embargo la actividad de la Administración ha sido vista tradicionalmente como una actividad puramente privada, y parece claro que existe un choque entre la aplicación de éstos principios frente a la tradicional idea de libertad de pacto”, CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 431.

²⁸⁰ el control de los poderes de la Administración, adolece de ciertos caracteres que hacen su eficacia un tanto restringida en su intento de tutelar los derechos y libertades del ciudadano británico. Además de no ser posible su compatibilidad con una acción de indemnización de perjuicios, poseen un carácter discrecional en cuanto a su aceptación por parte de la Queen's Bench División [división de la High Court (Corte Suprema) — órgano jurisdiccional competente para ejercer el control sobre las autoridades administrativas, *judicial review of the administrative action*], que concede tales *remedies* según lo estime oportuno, lo que significa que su concesión, y primeramente su admisión, quedan por entero entregadas a la apreciación de la suprema magistratura. Por otra parte, son numerosos los textos legislativos (*statutes*) que contienen disposiciones especiales respecto a la impugnación de los actos de las autoridades administrativas cuya acción regulan, textos que no pocas veces introducen serias limitaciones respecto a estas *prerogative orders*, llegando incluso a consagrar la definitividad de las decisiones administrativas, no siendo con ello posible su impugnación jurisdiccional.” SOTO KLOSS Eduardo, ob. cit., p. 129-134.

²⁸¹ CODINA GARCÍA – ANDRADE Xavier, ob. cit., p. 432.

²⁸² “Por lo que respecta al derecho británico, con posterioridad a la primera posguerra y con mayor razón en la segunda, debido al crecimiento del llamado Welfare State, se crearon tribunales especializados en materia administrativa para conocer de las impugnaciones de determinados organismos de la administración pública,

dieron cabida a un expansionismo estatal (*welfare state*), con la consecuente masificación reglamentaria y, por añadidura, el surgimiento de tribunales administrativos²⁸³ (*commissions*²⁸⁴) de la más diversa índole²⁸⁵, ante el desborde de los cauces clásicos para el juzgamiento de la Administración²⁸⁶.

Efectivamente, tal como lo reseña Kloss “Este tema de la función jurisdiccional de la administración que pareciera un rasgo realmente revolucionario en el sistema inglés del imperio del Derecho (un solo juez y una sola ley aplicable a todos los ciudadanos por igual) ha producido, desde su nacimiento, grave preocupación, y es curioso hacer notar que hoy en día tales tribunales no solamente que son aceptados, sino ampliamente reconocidos por los juristas ingleses como

que en general se conocen como statutory tribunals, para distinguirlos de la jurisdicción ordinaria. Cfr. POLLARD, DAVID, PARP WORTH, NEIL Y HUGHES, DAVID, *Constitutional and Administrative Law. Text and Materials*, Londres-Edimburgo-Dublín, 1997, pp. 521-525; Williams, D. G. T., *Droit Administratif*, en la obra dirigida por Jolowicz, J. A, *Droit Anglais*, París, Dalloz, 1986, pp. 516-538”; FIX – ZAMUDIO Héctor, ob. cit., p. 196.

²⁸³ “La expresión *administrative tribunals* (tribunal administrativo) ha sido acuñada por la doctrina inglesa para designar aquellos organismos que tienen origen en la legislación delegada, que han sido creados al margen del sistema ordinario de tribunales civiles y criminales, y que al prestar ayuda a los distintos ministerios del gobierno, en el cumplimiento de sus funciones, actúan como partes integrantes de la administración”, VÁZQUEZ José Luis, *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 127, 1991, p. 78.

²⁸⁴ “...tales *commissions* estaban destinadas, precisamente, a conocer y decidir asuntos específicos en que era parte una autoridad o un órgano administrativo o ministerial, y ello a través de un procedimiento igualmente especial”, Eduardo Soto Kloss, ob. cit., p. 141.

²⁸⁵ “En el informe de la Comisión parlamentaria para la reforma de los Tribunales administrativos intitulado *Franks Committee*, cuyo estudio hizo López Rodó, en su monografía *Justicia y Administración en el Reino Unido*, se observa, según este autor, que el número de estos Tribunales sigue en aumento (...) Tales Tribunales en el informe de Frank Committee se agrupan en seis apartados: a) Cuestiones de suelo y propiedad; b) Seguros y subsidios familiares; c) Asistencia médica y servicios sanitarios; d) Servicio militar; E) Transportes; f) Tribunales diversos. Agréguese a éstos el Tribunal de Obras Públicas de Londres y la Comisión para la protección de patentes industriales.” Sabino Álvarez-Gendín y Blanco, ob. cit., p. 24. “Esta comisión de encuesta de tribunales administrativos (*Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*) fue designada en 1955 para examinar de modo integral el problema de los tribunales administrativos, cuya proliferación marcaba una notoria preocupación; sus objetivos fueron, pues, estudiar y proponer recomendaciones en lo relativo a la constitución y funcionamiento de estos tribunales especiales, distintos de los ordinarios, creados para facilitar las tareas ministeriales y creados por medio de leyes del Parlamento, habilitando a los ministros para ejercer funciones cuasi-jurisdiccionales, como asimismo estudiar y proponer recomendaciones en lo referente a procedimientos administrativos (*inquiries*). Su informe —evacuado en 1957— *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* (Franks Report), cmnd. 218, H. M. Stat. Office, Londres, 1957, es interesantísimo y fue concretado en varias de sus recomendaciones al aprobarse la *Tribunals and Inquiries Act*, de 1958”, SOTO KLOSS Eduardo, ob. cit., p. 145.

²⁸⁶ “Si bien el control judicial de la Administración se realiza por los tribunales ordinarios —en parte, es cierto, y no siempre del mismo modo que tratándose, de un particular—hay un rasgo muy peculiar que desvirtúa no sólo la imagen de un sistema de *rule of law*, entendida a la clásica como DICEY, sino que lo acerca ostensiblemente al régimen administrativo continental, y es la existencia de los llamados *administrative tribunals*, o “tribunales administrativos”, SOTO KLOSS Eduardo, ob. cit., pp. 140-141.

ventajosos para una mayor expedición en la resolución de los asuntos litigiosos en que es parte un órgano administrativo”²⁸⁷.

El autor citado reconoce en la proliferación de estos tribunales, además de la prestación más pronta del servicio *cuasi jurisdiccional* y su mayor especialización²⁸⁸ (por oposición a la visión más generalista del juez ortodoxo inglés²⁸⁹), razones de neto corte político.

“Las nuevas necesidades de orden económico y social, ya enfrentada la Corona a una política de intervención, produjo un incremento notable en la labor del Parlamento a través de las leyes escritas (*statutes law*), en contraposición a la norma consuetudinaria, jurisprudencial (*common law*), y ello especialmente provocado por la primera guerra mundial, la crisis económica de 1929, la mayoría parlamentaria laborista y sus ideas socializantes, y la nueva concepción del Estado benéfico (*Welfare State*). Pero ese intervencionismo iba exigiendo—al mismo tiempo— una tecnicidad que los Parlamentos no estaban en condiciones de encarar, que producía una serie de «atribuciones legislativas delegadas» en los ministros de la Corona, a fin de hacer operante esa multiplicidad de intervenciones (...) el centro de gravedad se había desplazado notoriamente hacia el Poder ejecutivo”²⁹⁰.

Respecto al procedimiento a seguir, aunque variables, son compatibles con el régimen jurisdiccional que fue reconocido a estos tribunales especiales²⁹¹.

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ “Sus miembros son personas ajenas a los cuadros de la administración, no son civil servants, en general, sino por el contrario, son personas expertas en la materia sobre la cual versa la competencia del tribunal”, SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit., p. 148.

²⁸⁹ Pero junto a ese tipo de causas, hay una que concierne al espíritu mismo del juez inglés, y del funcionario inglés: es un hecho—y a pesar de la antigua tradición de una administración judicialista, en la época de auge del *self-government*—que el juez ordinario desconoce (al menos al tiempo de su inadaptación de comienzos del siglo xx) la Administración y todo el quehacer administrativo, y que psicológicamente le es difícil ejercer un control sobre ello, desprovisto como está de medios que le permitan conocer por dentro la actividad administrativa”, SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit., p. 143.

²⁹⁰ SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit., p. 147.

²⁹¹ “Los rasgos comunes a los “tribunales administrativos” son los siguientes: son órganos colegiados, que resuelven controversias entre particulares y la administración (con excepción de los concursos de oposición entre particulares); que la mayoría de ellos decide en primera y última instancia, aunque algunos llegan a constituir una segunda o tercera instancia (pudiendo llegar la decisión del ministerio competente)”, VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, ob. cit., p. 79.

Particularmente deben respetarse los principios del *openness*, *fairness* e *impartiality*.

“De acuerdo al principio de la *openness*, el procedimiento seguido por el tribunal administrativo ha de realizarse de manera pública, y que su sentencia debe ser motivada; que en virtud de la necesaria *fairness* el afectado ha de tener la posibilidad efectiva de encarar una adecuada defensa de sus intereses comprometidos en el litigio, haciendo valer sus razones y pudiendo conocer claramente las razones contrarias; en fin, de acuerdo al principio de la *impartiality*, el tribunal que conozca y juzgue ha de estar exento de toda influencia –ya real, ya aparente– de la autoridad administrativa o ministerial interesada en el juicio”²⁹².

| A manera de síntesis, Kloss señala que las ventajas de las *commissions* respecto las cortes ordinarias son:

- Su procedimiento es flexible y simple, y aunque no existe un texto –a la manera de código– de normas generales, únicas para todos ellos, cada ley, instituyendo un tipo especial de tribunales administrativos, se ha encargado de establecer un conjunto de normas que respondan a esos principios antes mencionados, particularmente en el asegurar la publicidad de las audiencias una prueba verdadera garantía de contradictorio y una decisión jurisdiccional fundada, motivada.

-La rapidez de sus pronunciamientos contrasta grandemente con el lento tramitar de los asuntos de los tribunales ordinarios; el *delay* en el juzgamiento, siendo breve, otorga al justiciable una sensación de mayor justicia, aún si el fallo le es adverso, ya que denota ello preocupación en el asunto y un interés en resolver una contienda que debe ser solucionada con prontitud, atendida la materia y el interés social envuelto en el litigio.

-Menores también son los costos, y el derecho de la representación judicial asume un carácter de cierta sana informalidad, permitiéndose a los interesados o

²⁹² SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit., p. 150.

afectados concurrir hasta personalmente -sin obligación de asesor letrado- a defender sus derechos, en la certeza que son oídos y participan en el litigio.

-No debe olvidarse que gran parte del éxito de estos tribunales administrativos se debe a su original formación; si bien son órganos jurisdiccionales y sus decisiones tienen el carácter de sentencias, los magistrados que los integran no son, en general, juristas, sino expertos en la materia, ya ajenos a la Administración, ya representantes de la producción, el comercio, propietarios, obreros, etc., pero con un exacto conocimiento de la materia sobre la cual recae la competencia del tribunal. Este pragmatismo otorga cierta provechosa y eficaz dinamicidad en las soluciones dictadas, más directamente comprometidas con la realidad social y los intereses, tanto públicos como privados; no debe olvidarse que, contrariamente a las cortes ordinarias de justicia, estos *administrative tribunals* no se encuentran vinculados al sistema de los precedentes, del régimen del *stare decisis*, lo que lleva -obviamente- a una gran flexibilidad en sus decisiones.

Y todo ello sin perjuicio de un adecuado control que ejercen sobre tales jurisdicciones las supremas magistraturas ordinarias de justicia.²⁹³

IX.5. Los Tribunales Arbitrales.

Desarrollaré en este módulo, el Arbitraje como sistema de resolución de conflictos en materia de contratación pública y, en particular, describir cómo este método -*alternativo* del clásico proceso judicial- se da en Perú, España y Argentina.

La agrupación clásica de los medios de resolución de conflictos alternativos de los tribunales de justicia, se pueden agrupar en dos categorías, una como los autocompositivos, y otra como los heterocompositivos²⁹⁴.

Los primeros son aquellos en que la solución final de la controversia proviene de las mismas partes involucradas, encontrándose entre ellos la conciliación y la mediación.

²⁹³ SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit., p. 153-154.

²⁹⁴ GUASP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp.12 y ss.

Los heterocompositivos son aquellos instrumentos de resolución de conflictos en los que las partes deciden delegar la decisión de la controversia, a una o más personas imparciales, ajenas a la relación originaria existente entre las mismas partes, para que la definan de manera vinculante. Entre estos podemos citar el arbitraje, en tanto tiene como función la de resolver con carácter vinculante el conflicto que se le somete a decisión.

Habitualmente en la literatura sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos²⁹⁵, se suele comenzar señalando que en los últimos tiempos los mismos han logrado imponerse en los distintos ámbitos profesionales, políticos y discurso académico debido, fundamentalmente, a la insatisfacción de la ciudadanía en la prestación del servicio de justicia²⁹⁶. Pareciera que el dato sobre la ineficiencia de la jurisdicción del Estado es utilizado como principal argumento para medir las bondades y ventajas de tales métodos alternos, principalmente, para evitar procesos judiciales.

“Seguramente un sistema estrictamente judicialista es la panacea del Estado de Derecho, y la justicia dispensada por Jueces y Magistrados especializados, bien formados y asistidos debidamente, no tenga parangón con ninguna otra técnica de resolución de controversias. La misma saturación que nos preocupa es la señal irrefutable de que la sociedad confía en el sistema judicial y que es éste el mecanismo por excelencia para resolver los conflictos. Pero el salto cuantitativo que ha experimentado la Justicia en cuanto al número de asuntos recibidos no ha sido en este caso acompañado de su versión cualitativa...”²⁹⁷.

²⁹⁵ La doctrina reconoce más de veinte sistemas alternativos para solucionar conflictos, ver HIGHTON Elena y ÁLVAREZ Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 119 y siguientes. BERIZONCE Roberto O., *Los medios alternativos de solución de conflictos*, en *Derecho Procesal Civil actual*, Platense, La Plata, 1999, p. 579-600. MORELLO, Augusto Mario, *Un nuevo modelo de justicia*, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, T. 1986-C-800. CAPPELETTI Mauro Y GARTH Bryan, *El acceso a justicia*, Colegio de Abogados de La Plata, 1982, p. 90 y ss.

²⁹⁶ “Entre las principales causas de la atracción de estos medios alternatiivos, la ha puesto de manifiesto Michele Taruffo: su éxito es directamente proporcional, es más, es su consecuencia inmediata, a la ineficiencia de la justicia del Estado, citado por GARCIA PEREZ Marta, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Ed. Aranzadi SA, España, 2011, p. 16.

²⁹⁷ GARCIA PEREZ, Marta, ob. cit., págs. 21-22.

Ahora bien, debemos dejar en claro que lo que se pretende es pensar a los ADR/MARCS²⁹⁸ -y entre ellos al arbitraje- como herramientas que deben coadyuvar al sistema jurisdiccional tradicional²⁹⁹, como una parte dentro del todo, en pos de su racionalización³⁰⁰ y, en definitiva, del efectivo acceso a justicia³⁰¹.

Guzmán reseña que “en el espacio judicial europeo, se señalan algunos factores positivos, al menos en el plano discursivo, en el sentido de haber tomado conciencia de que los ADR resultan un claro beneficio para los ciudadanos, cuyo acceso a justicia ha mejorado gracias a ello”³⁰².

Y es que resulta ya por todos compartido que no todo conflicto debe, necesariamente, derivar en la promoción de acciones judiciales porque, a la par, los operadores jurídicos cuentan –o debieran poder contar– con distintas herramientas técnicas para utilizar aquella que se presente como más idónea y eficiente en la consecución de los fines que se procuran; “...el objetivo final estará cumplido cuando se consiga que los ciudadanos – y principalmente los abogados – comprendan que el litigio judicial no es la única vía para solucionar disputas y dejen de ver a éstos como métodos “alternativos” – en el sentido de sucedáneos de aquél– o como fórmulas que sólo se justifican por las deficiencias funcionales del

²⁹⁸ *Alternative dispute resolutions*/Métodos Alternativos de resolución de conflictos.

²⁹⁹ “No existe una definición uniforme de sistema judicial, debido al desacuerdo acerca del conjunto de instituciones que lo componen. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), lo define como “...el conjunto de normas y principios, instituciones y personas – ya sea del ámbito público o privado – de relaciones formales e informales y de prácticas – nuevamente formales o informales – destinados todos a la resolución de los conflictos generados entre el Estado y sus ciudadanos o aquellos que involucran a los particulares entre sí...” PAGES LLOVERAS, Roberto, *Jurisdicción: Gestión y Derecho Comparado*, Revista de Derecho Procesal, 2015-1, Rubinzal-Culzzoni, Santa Fe, 2015, p. 45.

³⁰⁰ “La racionalidad instrumental de la norma procesal se la puede definir, básicamente, como la regulación dirigida y diseñada para responder de manera adecuada a los fines de la administración de justicia concreta. Si lo que se espera del sistema procesal en su conjunto es: 1) una adecuada aplicación de la ley al caso particular; 2) decisiones justas; 3) la tutela efectiva de los derechos de los sujetos implicados; la norma procesal debería garantizar racionalidad, al menos en términos mínimos: a) el proceso se desarrolle en tiempo razonable; b) un procedimiento probatorio para arribar a resultados acordes a la realidad; c) un mecanismo para la realización efectiva de los derechos y, eventualmente, d) un adecuado control relativo a la justicia de la decisión.” GUZMÁN Néstor Leandro, *Análisis Crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos en el marco de una racionalización del sistema procesal*, Revista de Derecho Procesal, 2010-2, Rubinzal-Culzzoni, Santa Fe, 2010, p. 21. “Los métodos alternativos de resolución de conflictos cumplen un rol central en la vida de las sociedades modernas. No sólo son instrumentos a través de los cuales se coadyuva a la paz social. También contribuyen al mejoramiento del sistema estatal de administración de justicia.” CAIVANO, Roque J. *Negociación, Mediación y Arbitraje: variantes a interacciones*, Revista de Derecho Procesal, 2010-2, Rubinzal-Culzzoni, Santa Fe, 2010, p. 92.

³⁰¹ GUZMAN, Néstor Leandro, ob. cit., p.18.

³⁰² GUZMAN, Néstor Leandro, ob. cit., p.22.

sistema judicial. A lo que debe llegarse, en suma, es a que nuestra sociedad tenga un grado tal de desarrollo cultural que le permita entender que no hay métodos principales o naturales, ni secundarios o alternativos, sino métodos –a secas– cuya utilidad o eficacia dependerá de para qué y cómo se emplee”³⁰³.

Dentro de ese “arsenal” se inscribe el arbitraje, como alternativa heterocompositiva de poner coto a los conflictos³⁰⁴.

Llegados a este punto, podemos definir al arbitraje como un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales, para dar intervención a terceros independientes y neutrales que resuelvan definitiva y finalmente la misma³⁰⁵.

Para un tratamiento detenido del arbitraje como institución, dejaré definidos su concepto, su naturaleza jurídica, y las clases o tipos de arbitraje que pueden presentarse.

El concepto: es un medio de resolución de controversias por el cual dos o más personas deciden voluntariamente someter su controversia a la decisión de un tercero independiente e imparcial distinto del juez predeterminado por la ley, siendo las partes los que de manera inmediata (ad hoc) o mediata (institucional) eligen al árbitro o árbitros. La libertad y su desprendimiento que resulta la autonomía de la voluntad de las partes, son el fundamento que origina la institución arbitral, siendo las partes, a través del convenio arbitral, las que confían

³⁰³ CAIVANO, Roque J. ob. cit., págs. 94-95.

³⁰⁴ “En general, hay dos maneras básicas de solucionar un conflicto: autocomposición o heterocomposición. En el primer caso, las mismas partes intentan ponerse de acuerdo en la forma de superarlo, buscando conjuntamente un resultado mutuamente satisfactorio (o, al menos, aceptable), a través de una gestión cooperativa y no adversarial. En el segundo, cada una de ellas intenta hacer prevalecer su interés en detrimento de otro, procurando la intervención de un tercero como autoridad suficiente para imponerles la solución.” CAIVANO, Roque, ob. cit., p. 69.

³⁰⁵ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., El arbitraje, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 12. “En su virtud, siempre que medie acuerdo de partes (salvo casos excepcionales, en los que el arbitraje venga instituido legalmente) y a la cuestión a dirimirse sea susceptible de transacción, la jurisdicción, que ordinariamente correspondería a los jueces del Poder Judicial del Estado, es transferida o prorrogada a favor de un juez particular, denominado árbitro, que decidirá la contienda a través del dictado de un laudo (similar a una sentencia) cuyo cumplimiento es imperativo para los contendientes”. Mldon Marcelo S. y ESTIGARRIBIA DE MIDON Gladis, Manual de Derecho Procesal Civil, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 765.

la solución de su controversia a un tercero imparcial, y así como determinan el nacimiento del arbitraje, también fijan su desarrollo y conclusión.

Acerca de su naturaleza jurídica se expusieron dos posturas teóricas: la contractual y la jurisdiccional. De las cuales surgieron la mixta o ecléctica y la procesal negocial.

La contractualista basa la naturaleza en el convenio arbitral o contrato que le da origen. La voluntad de las partes es la fuente del arbitraje y es la que decidirá todos los aspectos del mismo. Es también denominada como privatista, porque destaca el nacimiento privado del arbitraje como diferencia de la jurisdicción. Y que en definitiva, no existe actividad arbitral equiparable o parecida a la jurisdiccional, ni tampoco efectos similares.

La postura jurisdiccionalista resalta la función del árbitro así como los efectos del laudo, calificando la primera como jurisdiccional, porque entiende que está realizando una tarea similar a la de los jueces, por lo que el laudo tiene la misma fuerza de cosa juzgada que la sentencia judicial.

La teoría ecléctica o mixta integra las teorías contractualista y de la jurisdicción anteladamente expuestas, partiendo del origen contractual del arbitraje, pasando al desarrollo, conclusión y efectos que se categorizan como jurisdiccionales y como especies de procesos.

Por último, se sostiene la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje o sea, que el arbitraje es arbitraje y esa es su naturaleza jurídica³⁰⁶. La postura luego de pasar cuenta del carácter complejo del arbitraje, en el que concurren en sus diferentes estadios y con distinta intensidad, los rasgos que resaltan las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y procesalistas, dice que son elementos esenciales del arbitraje tanto el convenio que lo origina, como la función del árbitro y los efectos del laudo, así como el proceso, sienten todos ellos, similares en importancia y necesarios para conformar la institución.

³⁰⁶ BARONA VILAR, S. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 2011, de 20 de mayo), 2ª. Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 71 y ss.

Tomo parte por esta última concepción de la autonomía del arbitraje, porque me parece que es la que mejor se corresponde con todos los aspectos que se deben ponderar para arribar a una postura respecto a su naturaleza jurídica, entendiendo que las otras teorías expuestas anteriormente, dan prevalencia, alguna sólo a uno de los elementos del arbitraje (la contractualista al convenio; la jurisdiccionalista desde la función y el laudo) y la restante o ecléctica, porque define la cuestión por lo que considera el elemento más relevante o definitorio del arbitraje, pero sin explicar suficientemente porqué descarta los restantes elementos, y haciendo hincapié en la dicotomía entre convenio y proceso, por lo que se puede decir que tanto las teorías dualistas, como las sincréticas, confunden el ser (o sea la naturaleza) con el porqué (fundamento-convenio) y el para qué (finalidad-laudo) del arbitraje³⁰⁷.

Podemos distinguir las siguientes clases o tipos de arbitraje:

El de derecho o el de equidad, siendo el primero en el que el árbitro debe aplicar el derecho vigente para resolver la controversia, o sea, debe estar fundado en razones jurídicas, con sustento en la normativa en vigor al momento de dictarlo. Pero las partes pueden pactar si lo desean, el arbitraje de equidad, en el que el árbitro decide por reglas derivadas de los principios de la justicia, no estando obligado a la aplicación del derecho positivo al conflicto, no siendo necesaria tampoco una motivación jurídica de su decisión pero sí un razonamiento congruente y coherente, que sustente lo que se resuelve.

En la primer clasificación, el arbitraje de derecho puede ser privado o público. Privado es aquel en que las normas que se deben aplicar que sirven de fundamento al laudo, corresponden al ordenamiento jurídico privado, siendo los intereses que se resuelven, particulares de las partes, acudiendo el árbitro al derecho civil o comercial para resolver la controversia.

Público es en cambio, aquel en el que el derecho que se aplica es público, con preeminencia del interés general que está en juego en el conflicto. Ello generalmente ocurre cuando una o ambas partes enfrentadas pertenecen a la administración

³⁰⁷ MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María. Tratado de Derecho Arbitral, 3ª. Ed., Civitas, Cizur menor, 2006, p. 239.

pública, por lo que el árbitro debe aplicar a la disputa las normas del derecho administrativo, tributario, municipal u otro tipo de derecho público.

Por su parte, el arbitraje institucional o ad hoc, es aquel por el que las partes deciden someter su conflicto a una institución o tribunal arbitral que tiene como función el arbitraje y nombrar a los árbitros que resolverán el conflicto, teniendo el proceso arbitral normalmente un reglamento al que las partes se someten cuando delegan la resolución arbitral de la disputa. Las ventajas comparativas del arbitraje institucional respecto a los otros, es que esta reforzado el aspecto relacionado a la imparcialidad de los árbitros y su especialización.

El arbitraje ad hoc es aquel en que las partes directamente designan al árbitro o árbitros que serán los encargados de resolver el conflicto, fijando las normas que regirán su procedimiento, plazos, y demás elementos del arbitraje.

Cuando los justiciables recurren a la justicia arbitral, nos dice Tavolari Oliveros, lo hacen en la mayoría de los casos , entre otras razones por una mejor calidad de la respuesta que esperan al conflicto; por razones de celeridad, de confidencialidad, etcétera. El arbitraje por doquier aparece ya no sólo como un sistema “alternativo” de resolución de conflictos sino, lisa y llanamente, como el sistema escogido por los justiciables, para la decisión de sus controversias, atraídos por la celeridad de las tramitaciones y la particular versación de los árbitros³⁰⁸.

Por su parte Anaya considera que los factores que incidieron en una ampliación considerable de la presencia del arbitraje en las prácticas empresariales y que pueden considerarse determinantes de su recepción crecientemente positiva, cabe mencionar: 1) La gran expansión del arbitraje internacional; 2) La difusión del arbitraje pre-organizado, administrado o institucional, con organizaciones permanentes dotadas de reglamentos adecuados para permitir la composición de procesos y la sustanciación de las causas con una casi total autonomía, abrió una

³⁰⁸ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. La ejecución de sentencias en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional y el orden público como causal denegatoria, a la luz de la Ley Modelo y del Código Bustamante: una mirada comparatista de la ley chilena, Revista de Derecho Procesal, Número Extraordinario conmemorativo del Bicentenario, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 275-276.

nueva imagen sobre la eficiencia de este medio; 3) El influjo de leyes modelo, reglamentos y convenciones internacionales³⁰⁹.

En la misma inteligencia García Pérez resalta que “No resulta en absoluto extraño ni novedoso plantear la posibilidad de someter a arbitraje controversias surgidas en el ámbito de la contratación pública (...) los principales órganos consultivos de mayor prestigio han apostado por el uso de esta técnica arbitral precisamente en este campo”³¹⁰.

La misma autora formula una importante aclaración:

“El arbitraje, en las relaciones jurídico-públicas, no debe entenderse como la “alternativa” a la jurisdicción, porque será ésta, la contenciosa – administrativa, la que seguirá sobrellevando el peso del control de la legalidad administrativa. Pero existe un espacio en el que la técnica arbitral puede representar un interesante papel, porque no sólo aligerará –éste es un efecto colateral que no puede convertirse en objetivo– la sobrecargada justicia administrativa, sino que permitirá –he aquí la razón de ser de la técnica– proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente”³¹¹.

³⁰⁹ ANAYA, Jaime Luis. Arbitraje societario, Revista de Derecho Procesal, 2007-1, Rubinzal-Culzzoni, Santa Fe, 2007, Pp. 491-492.

³¹⁰ GARCIA PEREZ, Marta. Arbitraje y Derecho Administrativo, ob. cit., p. 97. “En el plano internacional, por ejemplo, desde hace tiempo existe cierta preferencia por mecanismos *extra estatales* de resolución de conflictos como el arbitraje privado o la mediación, que permite observar, en principio, un modelo dual de administración de justicia: una justicia a medida para los detentadores de los poderes económicos y una “justicia de masas” para los consumidores ordinarios...”; GUZMÁN Néstor Leandro, ob. cit., p. 22. “Entidades internacionales de crédito (como el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial o el Fondo Multilateral de Inversiones) y agencias internacionales de cooperación (como USAID, ente de cooperación de diversos países de Europa o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) se involucraron fuertemente en el tema, financiando programas, tanto académicos como de implementación o fortalecimiento de Centros de Mediación y Arbitraje, con el objeto de promover la mayor utilización de estos métodos en la región. Instituciones empresariales y profesionales crearon o reorganizaron sus Centros de Resolución de Controversias y comenzaron a ofrecer con regularidad cursos, seminarios o talleres. Las Universidad también fueron paulatinamente incorporando materias afines en sus planes de estudio, tanto de grado como de postgrado (sobre el tema puede verse CAIVANO, Roque J., Los medios alternativos de resolución de controversias y la formación profesional de los abogados, en LL 1995-D-1052), y hasta lanzando al mercado educativo ofertas de maestrías o carreras de especialización en métodos alternativos.” CAIVANO Roque J., ob. cit., p. 93.

³¹¹ GARCIA PEREZ, Marta, ob. cit., p. 21-22.

IX.5.1. Perú:

Según Herrera “a través de esta vía de solución de conflictos, se ha producido en Perú, una transformación innegable en la administración de justicia y su aceptación es prácticamente generalizada” pues “...el arbitraje se presentó como un mecanismo confiable en contraste con las falencias de la jurisdicción ordinaria y como propuesta eficiente para la solución de las controversias Estado – Proveedor. En otras palabras, el Estado decidió beneficiarse de las mayores ventajas que ofrece este ADR; que en principio fue concebido para el ámbito privado y que no obstante ello, en la actualidad, el cuestionamiento de su aplicación es mínimo a nivel nacional e internacional”³¹².

Ya desde la cúspide del ordenamiento jurídico de Perú se preceptúa que:

“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual (sic) (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley” (artículo 63º, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú de 1993).

Mandato constitucional que fue reglamentado por el Decreto Legislativo N° 1071 –última modificación -, artículo 4 inciso 2, en los términos siguientes:

“Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrado entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.”

A su turno, en el inciso 3, se establece: “El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.”

Sobre la base de este marco constitucional y en el de la Ley de Arbitraje actual, se desarrolló el Arbitraje administrativo en contratación pública, que revolucionó la justicia peruana³¹³ al regular en el Artículo 41º de la antigua Ley de

³¹² VARGAS HERRERA, Gina Isabel. De laboratorio: el conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro, Cuadernos Críticos del Derecho, Aletheia, 1-2016, II monográfico de derecho comparado de la contratación pública, p. 75.

³¹³ “En efecto, como hemos venido sosteniendo a lo largo de los últimos años, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida que introdujeron a la

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 del año 1998, la obligatoriedad de incluir como cláusula contractual referida a la solución de controversias, lo siguiente:

“Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.”

Al respecto, en las posteriores leyes y reglamentos se ha mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias³¹⁴. (Decreto Supremo

conciliación y al arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión. Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema. El esquema que se implantó con la Ley 26850 ha tenido éxito, en la medida en que ha sido mantenido con las mismas características en los últimos gobiernos que han regido en el Perú (...) Además, hay que señalar que a través de esta vía se ha producido una verdadera transformación en la administración de justicia, en la medida en que, como todos sabemos, es muy grande la cantidad de procesos arbitrales que se derivan de los conflictos relacionados con contratos que celebran los particulares con el Estado y sus entidades. Asimismo, los montos en controversia son bastante altos. Los arbitrajes en donde —por lo menos— una de las partes es el Estado, representan alrededor del 70% del total de procesos arbitrales que están en curso en nuestro país”, CASTILLO FREYRE Mario y SABROSO MINAYA, Rita, *El Arbitraje en la Contratación Pública*, Ed. Palestra, Lima, septiembre 2009, p. 14.

³¹⁴ En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia, es que se trataría de un arbitraje obligatorio, cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes”, CASTILLO FREYRE Mario y SABROSO MINAYA Rita, *ob. cit.*, p. 22. Por su parte DONAYRE “...se cuestiona por qué el arbitraje es obligatorio en el Perú, si en el resto de países de América Latina es facultativo. Así, cita textualmente las cláusulas arbitrales de las leyes de contrataciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Argentina, Bolivia y Nicaragua, en donde el arbitraje sobre temas de contratación pública es potestativo o voluntario, como propone el referido autor para el caso del Perú. A entender de Donayre, nada pasa si el arbitraje en obras públicas es optativo y voluntario, como es la filosofía de un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se va a caer el sistema jurídico peruano si es que la Ley de Contrataciones opta por el arbitraje “no obligatorio”, por voluntad de las partes (cada Entidad, cada Contratista, cada contrato). (DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. «Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas». En *ADR Resources. Arbitraje y Mediación*, 2006, p. 9. En http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32, citado por CASTILLO FREYRE Mario y SABROSO MINAYA Rita, *ob. cit.*, p. 24. “Así, para Arrarte y Paniagua, lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, en donde no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial, en tanto expresamente se ha excluido esta posibilidad, lo cual implica que —contrariamente a lo que ocurre en cualquier convenio arbitral—, si alguna de las partes, sea Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, éste debe declararse incompetente —incluso de oficio— para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado, sin que quepa la posibilidad de que como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido. Para salvar esta severa incompatibilidad, tal como la catalogan Arrarte y Paniagua, hay quienes sostienen que el mandato de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es una auto exigencia para el Estado, el mismo que debe incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, sin que ello implique afectación a la voluntariedad del arbitraje”. Ídem, *ob. cit.*, p. 25. En contra Santistevan de Noriega “...se resiste al concepto de arbitraje obligatorio y prefiere admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación, bajo la fórmula de que

Nº 012-2011-PCM, Decreto Supremo Nº 013-2001-PCM, Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM, Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, Decreto Legislativo Nº 1017³¹⁵ y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, y la Ley 30225 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 350-2015-EF y Decreto Supremo Nº 056 – 2017 - EF).

Asimismo, el artículo 216 del Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establecía ya que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho³¹⁶ el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)³¹⁷, cuya cláusula arbitral tipo es la siguiente:

el Estado lo que hace —en la contratación regida por los términos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado— es extender una oferta general de arbitraje, que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que se adhiere”, “...Cantuarias, quien nos dice que el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado²⁴ no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje” (...)

³¹⁵ Artículo 40.- «Cláusulas obligatorias en los contratos Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: [...] c) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”, CASTILLO FREYRE Mario y SABROSO MINAYA Rita, ob. cit., p. 21.

³¹⁶ “Al respecto, GARCÍA CALDERÓN tiene una posición muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio arbitral no consta en el contrato que han suscrito la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el reglamento contemple su incorporación de pleno derecho (porque) la obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, contra los principios de legalidad y contra el debido proceso”, CASTILLO FREYRE Mario y SABROSO MINAYA Rita, ob. cit., p. 29. En contra “...ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que, por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo”, CASTILLO FREYRE Mario Y SABROSO MINAYA Rita, ob. cit., p. 30.

³¹⁷ El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), encargado de ejecutar las políticas en materia de contrataciones del Estado, con competencia en el ámbito nacional. Tiene como funciones, entre otras, regular y supervisar los procesos de contrataciones que realizan las entidades públicas, cautelando la aplicación eficiente de la normatividad y promoviendo las mejores prácticas para el uso óptimo de los recursos públicos y la satisfacción de las necesidades de la población.” Tiene como Misión “Promover, de manera oportuna y confiable, contrataciones públicas eficientes y transparentes entre proveedores y entidades.” Actuando bajo los principios de Eficiencia. Brindamos servicios enfocados en satisfacer los requerimientos de nuestros usuarios, aplicando criterios técnicos especializados que permiten dar celeridad y economía a los procesos de contratación pública. Transparencia. Se proporciona información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por todos los actores y se desarrolle

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento³¹⁸”.

El arbitraje en materia de contrata pública es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros ³¹⁹.

Se regula que los árbitros deben ser y permanecer independientes e imparciales durante el desarrollo del arbitraje “sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales”³²⁰. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje³²¹.

bajo condiciones de igualdad de trato e imparcialidad. Oportunidad. Actuamos en el momento y del modo requerido, dentro de los plazos establecidos, sin perjudicar el proceso de contratación pública ni el correcto uso de los recursos del Estado. Confiabilidad. Actuamos con integridad, honestidad, imparcialidad y veracidad en cada una de nuestras intervenciones en la gestión de contrataciones públicas. <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/vision-mision-y-principios>.

³¹⁸ Al respecto, cabe señalar que dicho arbitraje -denominado “Arbitraje Administrativo”- puede ser institucional o ad hoc, opción que dependerá del acuerdo de voluntades de las partes. El primero es aquel organizado y administrado por una institución arbitral, mientras que el segundo es el arbitraje conducido por los árbitros”, GALLARDO AGUILAR, Jackson R., El sistema nacional de arbitraje del OSCE, Revista Institucional OSCE Al Día, núm. 3/2014, p. 15.

³¹⁹ Artículo 189.1 Decreto Supremo N° 056 – 2017 EF; Artículo 45.3 de la Ley N° 30225 y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1341. “En materia de Contratación Pública, todas las legislaciones de nuestro país han contemplado al arbitraje de derecho como aquél que se aplicará para la solución de controversias. Ello, de seguro, porque el legislador ha querido y quiere evitar que —precisamente— el arbitraje sobre esta materia sea arbitrario o subjetivo” Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya, ob. cit., p. 34. “...el segundo párrafo del artículo 52 de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente: Artículo 52.- «Solución de controversias [...] El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho”, CASTILLO FREYRE Mario y SABROSO MINAYA Rita, ob. cit., p. 35. “...el segundo párrafo del citado artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no deja opción a elegir y dispone que en todos los casos el arbitraje sobre controversias relativas a la contratación pública será de derecho”, ídem, p. 36.

³²⁰ Artículo 192 Decreto Supremo N° 056 – 2017 EF.

³²¹ R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 35.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituye infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética³²².

Contribuyendo a ese efecto, se estipulan las condiciones bajo las cuales los árbitros pueden ser recusados³²³.

El ámbito de aplicación de la norma peruana en Contrataciones del Estado, puede reseñarse siguiendo a Herrera³²⁴:

Ámbito de Aplicación Subjetivo:

“Artículo 3º de la Ley N° 30225:

3.1. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente ley bajo el término genérico de Entidad(es):

- a. Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos.
- b. El Poder Legislativo, el Poder Judicial y organismos constitucionalmente autónomos.
- c. Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
- d. Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.
- e. Las Universidades Públicas.
- f. Sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social.
- g. Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
- h. Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

³²² Artículo 45.9 de la Ley N° 30225 y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1341.

³²³ Artículo 193 Decreto Supremo N° 056 – 2017 EF. R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 37.

³²⁴ VARGAS HERRERA, Gina Isabel Vargas, ob. cit., p. 77.

32. Para efectos de la presente Ley, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las Entidades señaladas en el numeral anterior.

33. La presente Ley se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes, así como a otras organizaciones que, para proveerse de bienes y servicios u obras, asumen el pago de fondos públicos.”

Ámbito de Aplicación Objetivo:

“Artículo 45° de la Ley N° 30225³²⁵:

45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias. (...)”

Asimismo, el mismo precepto define que están excluidas las siguientes materias:

“La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a

³²⁵Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N° 056-2017-EF. Vigente desde el 03 de abril de 2017, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225.

conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”.

En la nueva Ley de Arbitraje, la materia arbitrable se regula en el inciso 1 del artículo 2:

“Artículo 2.- «Materias susceptibles de arbitraje 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.”

IX.5.2 El Sistema Nacional de Arbitraje (SNA – OSCE)³²⁶

El Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE) es un régimen institucional de arbitraje especializado para la solución de controversias en las contrataciones del Estado, que se rige por su propio reglamento y, supletoriamente, por la Ley de Arbitraje³²⁷.

En ese sentido, queda establecido que el SNA-OSCE se encarga³²⁸ de organizar y administrar aquellos procesos arbitrales institucionales que tengan como objeto el resolver las controversias que se presenten durante la ejecución de los contratos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que son celebrados entre una Entidad y un contratista; siguiendo para ello las normas establecidas en su reglamento.

R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 5: La estructura normativa del SNCA-CONSUCODE es la siguiente: a. La legislación especializada sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. b. Las legislaciones especializadas sobre conciliación y arbitraje vigentes al momento de la aplicación de este Reglamento c. Las Resoluciones y Directivas

³²⁶ R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 1: El Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (SNCA-CONSUCODE) es autónomo y especializado; sus órganos tienen la finalidad de brindar servicios de conciliación, arbitraje y en general de prevención, gestión y solución de conflictos, en las materias comprendidas dentro de su estructura normativa y en armonía con sus principios rectores.

³²⁷ El arbitraje como medio de solución de conflictos puede, conforme el artículo 183 ss. y cc. del Decreto Supremo N° 056-2017-EF, estar precedido de una instancia de conciliación.

³²⁸ Entre otras funciones regladas en el artículo 2 del R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

del CONSUCODE sobre la materia. d. El presente Reglamento. e. El convenio arbitral suscrito entre las partes.” “El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje en Contrataciones del Estado, en armonía con el principio de subsidiariedad” (artículo 195 Decreto Supremo N° 056-2017-EF) “En armonía con lo preceptuado en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, el orden normativo que regula los procesos arbitrales sujetos al SNA-OSCE es el siguiente: Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, Resoluciones y Directivas del OSCE sobre la materia, Reglamento del SNA-OSCE, el convenio arbitral y, supletoriamente, la Ley de Arbitraje”³²⁹.

Los cimientos del sistema se erigen sobre la base de los siguientes principios rectores, a saber:

- a) Que se preserve la **independencia** que caracteriza y es inherente a todo método de prevención, gestión y solución de conflictos.
- b) Que **los conciliadores, árbitros, órganos y personal del SNCA-CONSUCODE, actúen con ética y transparencia en el ejercicio de sus funciones**, siendo neutrales e imparciales.
- c) Que **las partes sean tratadas con igualdad** en los procedimientos de conciliación y arbitraje por los conciliadores, árbitros, órganos y personal del SNCA-CONSUCODE.
- d) Que las **decisiones se produzcan formando criterio de manera independiente, fundamentada y como resultado de la necesaria deliberación**, conforme la naturaleza de cada método de prevención, gestión y solución de conflictos³³⁰.

Pueden someterse a arbitraje institucional a cargo del SNA-OSCE opera en el ámbito nacional, sus órganos están facultados para organizar y administrar arbitrajes dentro del marco normativo del artículo 5 de este Reglamento, tanto en los contratos en que se haya incorporado el convenio arbitral tipo, como en virtud de cualquier otro convenio arbitral o acuerdo complementario en el que se le encomiende al SNCACONSUCODE la organización y administración del arbitraje.

³²⁹ GALLARDO AGUILAR, Jackson R., ob. cit. p. 18.

³³⁰ R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 3.

Siempre que medie acuerdo expreso de las partes, los referidos órganos también se encuentran facultados para organizar y administrar arbitrajes que se encuentren dentro del marco normativo del artículo 5 de este Reglamento, incluso cuando el respectivo convenio arbitral no encomiende el arbitraje a una institución arbitral o cuando lo encomiende a una institución arbitral diferente al SNCA-CONSUCODE. En cualquier caso, la organización y administración del arbitraje por los órganos del SNCA-CONSUCODE determina siempre la aplicación de este Reglamento³³¹.

Asimismo, las controversias que deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, cuyos montos originales sean menores a diez (10) UIT, siempre que no existan instituciones arbitrales registradas y acreditadas en el lugar del perfeccionamiento del contrato o cuando, de existir, estas se nieguen expresamente a administrar el arbitraje o sus gastos arbitrales resulten desproporcionados con relación a la cuantía controvertida, de conformidad con los parámetros establecidos por el OSCE³³².

Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la LC y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público³³³.

Por su parte, los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia³³⁴.

Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

³³¹ R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 16.

³³² Artículo 193 Decreto Supremo N° 056 – 2017 EF.

³³³ Artículo 45.3 de la Ley N° 30225 y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1341.

³³⁴ Artículo 45.4 de la Ley N° 30225 y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1341.

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final. Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas³³⁵, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. Todos los plazos señalados en este numeral son de caducidad.

En cuanto a las cualidades que deben reunir los integrantes del Tribunal Arbitral se dispone que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en distintas

³³⁵ “El Dispute Board entonces, es una especie de filtro que permite que un conflicto o controversia no llegue a arbitraje y que en todo caso, sólo acuda a éste de forma excepcional y no como regla. Su utilidad por ende, resulta casi incuestionable, más aún si en la conformación del Dispute Board se encuentran miembros especializados en derecho –abogados- y en ingeniería –ingenieros o arquitectos- que reviste de seguridad y confianza las recomendaciones o decisiones que estos puedan adoptar. Es así que el Dispute Board, implica una cultura de abandono del litigio y por tanto una disposición de las partes en acatar sus determinaciones; en beneficio de la zona común de intereses de la relación Estado – Proveedor. Así también lo ha entendido recientemente el Perú, pues ha regulado en su Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y su Reglamento”. Gina Isabel Vargas Herrera, ob. cit., p. 86. “La finalidad de la Junta de Resolución de Disputas es que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente sus las controversias durante la ejecución de la obra, que surjan desde el inicio del contrato plazo de ejecución de la obra hasta la recepción total de la obra misma.” Artículo 205 Decreto Supremo N° 056 – 2017 EF.

materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

Asimismo, para desempeñarse como árbitro, en el caso de los arbitrajes Ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior³³⁶.

Se prevé que el mismo órgano arbitral juzgue sobre su propia competencia, principio éste (*kompetenz – kompetenz*) compartido por la doctrina y legislación internacionales en la materia³³⁷.

El laudo arbitral, así como todas las resoluciones durante el procedimiento, se deben dictar por mayoría de votos de los árbitros. En caso de falta de mayoría, decide el voto del Presidente del Tribunal Arbitral³³⁸.

El laudo debe contener³³⁹:

³³⁶ Artículo 45.6 de la Ley N° 30225 y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1341. Por su parte, el Artículo 32 del R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, establece: “Composición del Tribunal Arbitral Cuando se trate de Árbitro Único, las partes deberán ponerse de acuerdo sobre su designación en el plazo de 05 (cinco) días contados a partir de la notificación de la contestación a la demanda o de la contestación a la reconvenición, según sea el caso. Cuando se trate de tres árbitros, cada parte designará un árbitro en la demanda y contestación respectivamente y los árbitros así designados deberán elegir a su vez al Presidente del Tribunal Arbitral, salvo que el convenio arbitral disponga una composición diferente. La designación del Presidente del Tribunal Arbitral por los árbitros designados por las partes deberá comunicarse a la Secretaría del SNCA-CONSUCODE, en un plazo no mayor de cinco (05) días de recibida la última aceptación del cargo de parte de uno de los árbitros.”

³³⁷ Artículo 45.7 de la Ley N° 30225 y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1341. “El principio de la competencia de la competencia permite evitar que una parte, limitándose a invocar la incompetencia del órgano arbitral, pueda retrasar o interrumpir el desarrollo del arbitraje, al otorgar a los árbitros el poder de decidir -primero- sobre su propia competencia, si bien su decisión será aún pasible de ser sometida al control de los jueces estatales. Se observa además que este principio importa la trasplantación en el ámbito arbitral de una forma reducida del principio procesal -del ámbito jurisdiccional- que permite a todo órgano judicial decidir sobre su competencia”. MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto, Asuntos sobre el principio de la competencia de la competencia, Legis, Arbitraje Comercial Internacional, http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral.asp. Ley Modelo UNCITRAL, artículo 16.

³³⁸ Preceptiva que sigue diciendo “...Los árbitros no pueden abstenerse o inhibirse de votar al momento de laudar y están obligados, de ser el caso, a expresar y sustentar su voto en discordia, el mismo que será notificado a las partes junto con el laudo”. R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 56.

a. Una parte expositiva, en la que se indiquen los antecedentes, un resumen de las alegaciones y posiciones de las partes y la determinación de los puntos controvertidos.

b. Una parte considerativa, en la que se desarrolla el análisis de cada uno de los puntos controvertidos, la evaluación y valoración de los medios probatorios en que se sustente la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones y defensas de las partes.

c. Una parte resolutive, en la que se expone la decisión del Tribunal Arbitral respecto de cada uno de los extremos del petitorio y donde se detallará, de ser pertinente, lo que las partes deben hacer o dejar de hacer para cumplir con el laudo en todos sus extremos.

Por último, debe precisar el importe de los gastos arbitrales y la forma en que deberán ser solventados (en principio, conforme se haya establecido en el convenio arbitral)³⁴⁰.

El régimen recursivo se delinea sobre un principio de inapelabilidad del laudo³⁴¹. Así, se dispone que el laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación y que contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación, en los términos del Decreto Legislativo 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya. Sin perjuicio de lo cual, también proceden los recurso de corrección, integración y aclaración³⁴².

³³⁹ R. Nº 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 58.

³⁴⁰ R. Nº 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 59.

³⁴¹ “...el arbitraje es un mecanismo alternativo para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir. Sin embargo, el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema inferior de justicia. En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes alguna forma de control”, CASTILLO FREYRA Mario y SABROSO MINAYA Rita, ob. cit., p. 238.

³⁴² R. Nº 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 61: Corrección, integración y aclaración del laudo Dentro del plazo de cinco (05) días de notificado el laudo, las partes podrán pedir al Tribunal Arbitral la corrección, integración y/o aclaración del laudo que consideren conveniente. Los recursos de corrección podrán ser resueltos de plano por el Tribunal Arbitral en el plazo de cinco (05) días de interpuestos. Los recursos de integración y aclaración deberán ponerse en conocimiento de

La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

A su turno, las entidades no pueden interponer recurso de anulación del laudo u otra actuación impugnabile en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condiciones de manera conjunta:

1. Que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.

2. Que la referida autorización sea aprobada por el Titular del sector correspondiente, excepto tratándose de Ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministros.

Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada³⁴³.

la otra parte para que en un plazo de cinco (05) días exprese lo que estime conveniente, luego del cual el Tribunal Arbitral resolverá dentro de los diez (10) días siguientes. A su turno el artículo 62 del mismo cuerpo normativo dispone que "...El laudo arbitral es definitivo e inapelable y tiene el valor de cosa juzgada...". "Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada", ídem, p. 238.

³⁴³ Artículo 45.8 de la Ley N° 30225 y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1341; Artículo 197 Decreto Supremo N° 056 – 2017 EF.

Conforme el artículo 63 de la Ley General de Arbitraje (Dto. Legislativo 1071), de aplicación subsidiaria en materia de contrata pública, el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- 1) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- 2) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- 3) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- 4) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- 5) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- 6) Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- 7) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral³⁴⁴.

El trámite de la impugnación está previsto en el artículo 64 de la Ley General de Arbitraje (Dto. Legislativo 1071).

³⁴⁴ “Al respecto, Caivano señala que el objeto de instancia, como surge de las causales que la habilitan, no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones han considerado indispensables para la buena administración de justicia”, CASTILLO FREYRE Y SABROSO MINAYA Rita, ob. cit., p. 239.

Así, el recurso se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

La expresión de agravios debe contener "...la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes...." Los que por regla sólo pueden ser documentos.

El órgano jurisdiccional resolverá la admisión del recurso. Si se admite, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios documentales correspondientes.

Cumplida la contradicción, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

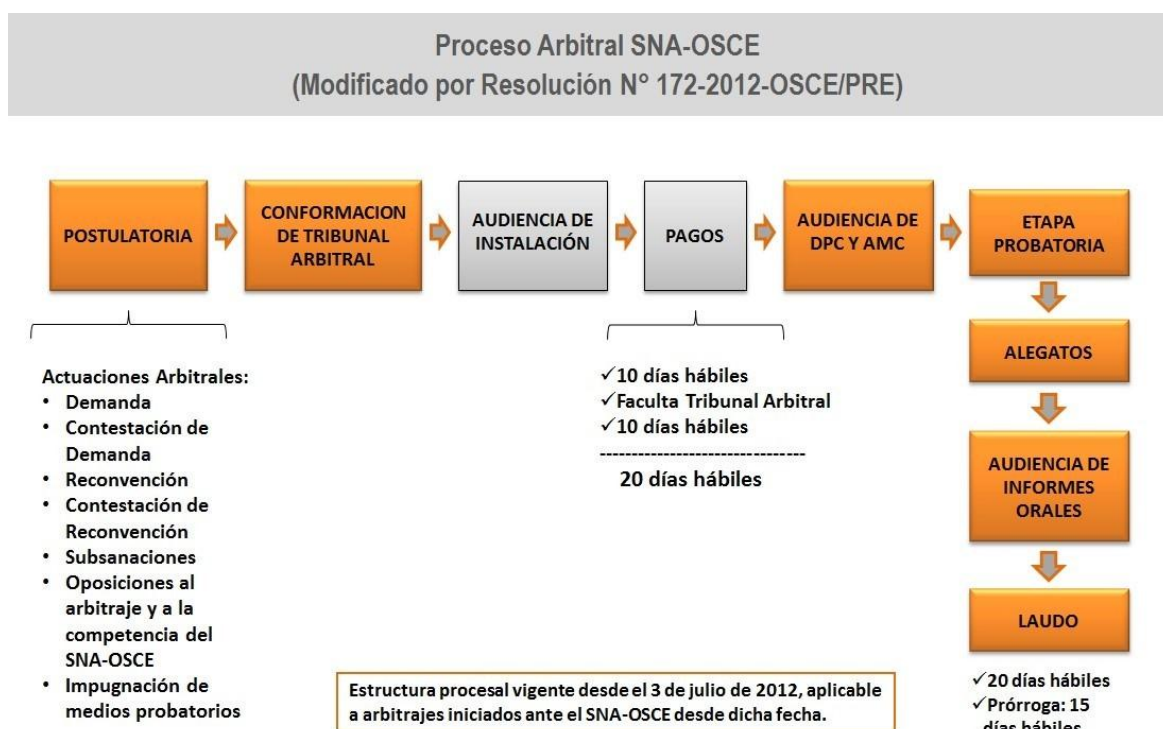
Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

En cuanto a la efectivización de la decisión sobre el fondo se dispone que:

"...Los árbitros se encuentran facultados para ejecutar sus propios laudos, salvo en aquellos supuestos que requieran el auxilio de la fuerza pública, en cuyo

caso la parte interesada deberá solicitar la ejecución forzosa ante la autoridad judicial correspondiente. En los supuestos de ejecución del laudo por los árbitros, excepcionalmente y de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, la Secretaría del SNCA CONSUCODE podrá liquidar unos honorarios adicionales para los árbitros y para el SNCA CONSUCODE”³⁴⁵.

El proceso reconoce las siguientes fases³⁴⁶:



Fuente: Subdirección de Procesos Arbitrales – Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

Básicamente, se describe un proceso arbitral en el que la celeridad se procura por imperio de la flexibilidad procedimental, la oralidad (actuada), los plazos acotados, las notificaciones por los más diversos medios, incluso electrónicos, y la limitación recursiva; la tutela efectiva se garantiza mediante la bilateralidad, igualdad entre las partes, independencia e imparcialidad del órgano decisor -con poderes ordenatorios e instructorios-. El laudo, que debe ser motivado, tiene la

³⁴⁵ R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, artículo 62.

³⁴⁶ GALLARDO AGUILAR, Jackson R., ob. cit., p. 19.

posibilidad de su revisión jurisdiccional mediante el recurso de anulación; asimismo, su efectividad se protege mediante un sistema cautelar con facultades del órgano para ejecutar sus propias medidas cautelares, salvo en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública, ocasión en que se solicitará intervención al juez competente.

IX.5.3. España:

En el país ibérico el arbitraje adquiere reconocimiento constitucional en la Carta de 1812, a partir de la cual la técnica se consolida, aunque en futuras regulaciones no logra alcanzar ese grado de jerarquía³⁴⁷.

No en vano se sostiene en aquél país que el principal lastre de la técnica ha sido su dudosa constitucionalidad a la luz de la Constitución española de 1978³⁴⁸.

En efecto, pesó sobre el arbitraje la sospecha de vulnerar dos preceptos de la constitución, a saber: los artículos 24.1 y 117.3.

El primero reza que:

“24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Por su parte el artículo 117.3 establece:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

En tren de clarificar los justos límites de las normas reseñadas y su interacción con el método alternativo en estudio, el Tribunal Constitucional justifica que los titulares del derecho a la tutela judicial efectiva opten libremente por no ejercerla porque esta posibilidad (el arbitraje) está prevista en las leyes. Argumento

³⁴⁷ FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. – LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., ob. cit., p. 43.

³⁴⁸ GARCIA PÉREZ Marta, ob. cit., p. 25.

que se debilita cuando la materia del arbitraje es jurídico – público, entre otras razones porque la libertad y la autonomía de la voluntad no son fácilmente predicables de la Administración Pública³⁴⁹.

En cualquier caso, se ha concluido que el arbitraje es compatible con la Constitución³⁵⁰, siempre y cuando sea valorada en su justa medida la figura del árbitro –frente al juez– y el laudo arbitral –frente a la sentencia-³⁵¹.

Asimismo, corresponde poner en claro otro aspecto que, en la preceptiva constitucional española, generó encuentros y desencuentros, y que García Pérez lo recoge en el siguiente cuestionamiento: ¿Son los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución un obstáculo a la utilización del arbitraje en el terreno jurídico-público?³⁵²

El artículo 103.1 estatuye:

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

A su turno, el artículo 106.1 define:

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”

El interrogante planteado se responde, en la opinión de García Pérez, con estas palabras:

³⁴⁹ Ídem, p. 26. “...la proyección de la técnica arbitral sobre las relaciones jurídicas-públicas trae consigo nuevos dilemas constitucionales y obliga a plantearse la viabilidad de la técnica en un terreno diferente. Será preciso contrarrestar los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional sobre el arbitraje inter privados con las peculiaridades de las relaciones jurídico-públicas en las que la presencia del interés general introduce elementos nuevos para la reflexión. Por ejemplo la dudosa presencia de autonomía de la voluntad y la ausencia de libertad para actuar administrativo ponen en riesgo uno de los elementos estructurales del arbitraje, la libertad, que es para el Tribunal Constitucional, como se dijo, su motor y fundamento.” Marta García Pérez, ob. cit., p. 36.

³⁵⁰ SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995) citadas por Marta García Pérez, ob. cit., p. 32.

³⁵¹ Ibídem, p. 28.

³⁵² Ibídem, p. 36.

“El artículo 106.1 de la Constitución persiguió desde su gestación, por un lado, garantizar un sistema de control de la Administración ajeno al propio Poder Ejecutivo -la referencia, pues, a los “tribunales” reivindica un sistema judicialista pleno- y, por otro lado, sentar una premisa de máximo control de la actuación de aquél Poder como reacción a los privilegios que impedían el conocimiento por los tribunales de decisiones administrativas de diversa naturaleza. No se trata de que todas y cada una de las controversias en las que está implicada la Administración deban ser sometidas a los tribunales, como de evitar que los conflictos se resuelvan en el seno de la propia Administración o, simplemente, sean ajenos a cualquier tipo de control. Por eso, no chocaría con el art. 106 que personas, entes o instituciones ajenas a la Administración controlen su modo de actuar si lo hacen de acuerdo al ordenamiento jurídico. Se habrá cumplido el principal objetivo del precepto constitucional: la separación de poderes y el pleno control. No podría argumentarse, respecto del arbitraje, que se sustrae al acceso a la Justicia determinados asuntos administrativos porque, siempre y en todo caso, quedará abierta la vía judicial para plantear, si fuese procedente, la acción de anulación contra el laudo”³⁵³.

Sentado lo cual, siguiendo a Herrera³⁵⁴ podemos formular una reseña normativa de la materia en el país ibérico³⁵⁵:

- Real Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852. Mediante el cual se establece la primera normativa española sobre los contratos relativos a los servicios públicos y en el cual se prohibió expresamente el sometimiento a arbitraje de cualquier conflicto jurídico derivado de la ejecución de los contratos cuando una de las partes fuere la Administración Pública.

³⁵³ *Ibidem*, p. 40.

³⁵⁴ VARGAS HERRERA, Gina Isabel, *ob. cit.*, p. 71-72.

³⁵⁵ “El análisis de la legislación vigente arroja un dato importante: no se ha regulado el régimen jurídico del arbitraje en Derecho Administrativo. A lo sumo, algunas disposiciones legales reconocen expresamente la posibilidad de arbitraje sobre determinadas materias y regulan algún que otro requisito procedimental inexcusable, pero no existe regulación general que aborde el procedimiento arbitral, los árbitros, el tipo de arbitraje o la validez y eficacia del laudo arbitral”, Marta García Pérez, *ob. cit.*, p. 59.

- Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911. En su Artículo 6º, permitía resolver mediante arbitraje las contiendas de derechos de la hacienda pública y sólo cuando exista una ley expresa que así lo autorice.
- Ley General Presupuestaria (RDL 1091/1998). Suaviza el sometimiento a arbitraje condicionándolo a la decisión expresa por el Consejo de Ministros, previa audiencia al Consejo de Estado³⁵⁶. La Ley 47/2003, General Presupuestaria, tiene idéntica redacción.
- Ley 13/1995, de 18 de mayo, Contratos de las Administraciones Públicas. El artículo 61.2 se remitía, a efectos de transacción y arbitraje sobre los contratos, a la Ley General Presupuestaria, lo que en la práctica significaba una restricción insalvable al arbitraje en la contratación pública, salvo supuestos absolutamente excepcionales que justificaran una decisión singular al respecto por el Consejo de Ministros.
- RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Continuó regulando la misma restricción para el sometimiento de arbitraje.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Mediante el cual se transpone la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004. Esta ley sí implica una innovación loable pues se postula a favor de la admisión del arbitraje en el ámbito de la contratación pública, admitiendo con carácter general en su artículo 39 la arbitrabilidad de las controversias suscitadas en la ejecución y extinción de los contratos adjudicados por personas jurídico-públicas que técnicamente no tengan la condición de Administraciones públicas.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que prevé: “Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan

³⁵⁶ “Artículo 7.3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.”

el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que pueden surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.”

Por su parte, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, refiere en el acápite relativo a las Disposiciones Finales, Disposición adicional primera, Contratación en el extranjero, que:

- En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.

España, entonces, también admite el Arbitraje, aunque lo hace tímidamente restringiendo únicamente ésta vía a los “entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas”³⁵⁷.

El ámbito subjetivo de aplicación del Arbitraje (aquellas que no tienen la consideración de Administraciones Públicas según la Ley) se integra por las Entidades Públicas empresariales y las sociedades públicas. Lo que en sentido más amplio se entiende por sector empresarial. Ejemplos: AENA, ADIF, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de toda España, etc. Y todas las sociedades del

³⁵⁷ Al respecto, si bien es cierto, el sólo supuesto de inclusión del arbitraje, ya constituye por sí mismo, un notable avance para la contratación pública de España, lo cierto es que, aún falta erradicar la tesis equivocada que Alberto Dorrego de Carlos, expone magníficamente y a continuación procedo a glosar: “Los recelos hacia el arbitraje en el ámbito jurídico-público han estado basados históricamente (y, en cierto modo, lo siguen aún estando) en los viejos principios dogmáticos del régimen administratíf surgido tras la revolución francesa en el Derecho continental europeo. La sujeción de toda la actuación administrativa al principio de legalidad (art. 103.1 CE), la indisponibilidad sobre las potestades públicas, el principio de interés público como criterio delimitador de toda intervención administrativa, la prerrogativa que ostenta la Administración pública para la ejecución de sus propios actos (el llamado principio de autotutela administrativa), así como las facultades exorbitantes de la Administración en todas las relaciones de naturaleza contractual (la capacidad de naturaleza contractual, la capacidad de modificación unilateral de los contratos –ius variandi- o el principio de factum principis) han sido argumentos tradicionales para excluir doctrinal y legalmente (...) la posibilidad de someter a arbitraje (...)”, VARGAS HERRERA Gina Isabel, ob. cit., p. 73.

Estado, tanto las participadas por la SEPI como las dependientes de la DG de Patrimonio del Estado.

Como se anticipara el ámbito objetivo del mecanismo arbitral es "...la solución de las diferencias que pueden surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren"³⁵⁸.

Las características básicas de la Ley de Arbitraje³⁵⁹ española son³⁶⁰:

- 1) Preeminencia de la voluntad de las partes y flexibilidad;
- 2) Su carácter anti formalista;
- 3) Adopta el modelo monista;
- 4) Conjuga aspectos favorables de las anteriores legislaciones arbitrales;
- 5) Modernización y vanguardismo;
- 6) Establece mínima intervención de los órganos judiciales;
- 7) Primacía del arbitraje de derecho sobre el de equidad;
- 8) Potencia el arbitraje institucional;
- 9) Mejora la regulación del principio: el principio *kompetenz-Kompetenz*;
- 10) Establece la acción de anulación como sistema de impugnación del laudo;
- 11) Es una norma de competencia exclusiva del Estado español.

IX.5.4. Argentina

Siguiendo a Hutchinson podríamos sintetizar en dos los objetivos que se persiguen al auditar a la administración: por un lado y como punto de partida, la necesidad de dotar a los administrados de las herramientas necesarias para la

³⁵⁸ VARGAS HERRERA, Gina Isabel, ob. cit., p. 72.

³⁵⁹ "...entretanto no se disponga de aquella ley general reguladora del arbitraje jurídico – público ¿existe en nuestro ordenamiento jurídico habilitación legal para someter a arbitraje las controversias jurídico-públicas? Un importante sector doctrinal responde positivamente al interrogante utilizando como norma habilitante la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. El argumento principal es de carácter negativo: el legislador pudo hacer exclusiones expresas en cuanto a su ámbito de aplicación y no lo hizo. Además, el propio *nomen* de esta Ley (y de la inmediatamente anterior de 1988) favorece esta interpretación, si se tiene en cuenta que una ley precedente de 1953 se refería expresamente al arbitraje "privado" en su propio título. Incluso del análisis de la Ley, se deduce una amplia coincidencia de fuentes y principios que hacen posible la utilización de la Ley vigente", GARCIA PEREZ Marta, ob. cit., p. 64.

³⁶⁰ CERVANTES BRAVO, Irina Graciela. Comentarios a la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, 23 de diciembre), "Estudios de Derecho Público" de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, Nº 115: 17-48, enero-junio de 2008, p. 21-24.

protección de sus derechos –y los de la comunidad- frente al aparato Estatal y, por el otro, preservar las prerrogativas y el patrimonio público³⁶¹

Concluyendo el autor citado que “En definitiva, igualar a la Administración y al particular ante el derecho, y dar a uno lo que le corresponde, constituye el objetivo del control jurisdiccional de la Administración”.

Esto, como lo describiera en acápites anteriores, puede válidamente realizarse conforme diferentes esquemas, sobre los que no vamos a ahondar nuevamente.

Sentadas las premisas que anteceden y sobre la base del ordenamiento jurídico nacional, está claro que en mi país el control de la Administración pública se realiza conforme un sistema judicialista³⁶², sistema que reconoce raíces en el derecho patrio anterior a la organización nacional y a la sanción de la Constitución de 1853³⁶³.

³⁶¹ “Desde ese punto de vista, el control jurisdiccional de la Administración, especialmente a través de su adecuado funcionamiento, constituye parte —no menor— de las garantías que ofrece el Estado democrático a sus habitantes, contribuyendo, al propio tiempo a la preservación y al fortalecimiento el sistema republicano y democrático de gobierno, pues este tipo de control da a los particulares la posibilidad de defender sus derechos frente al poder estatal (...)Además de la protección de los derechos de los particulares, el control jurisdiccional de la Administración Pública tiene también como finalidad la protección de los derechos de la comunidad, a través de la protección de los derechos del Estado, nacional, provincial, municipal o de la Ciudad de Buenos Aires, y, en definitiva, de todo órgano estatal”, *Ibíd.*

³⁶² Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos. Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio. En la vereda opuesta a un sistema judicialista puro se encuentran los sistemas de tribunales administrativos, los cuales actúan en el ámbito de la Administración, aún cuando sus jueces se desempeñen con independencia funcional, como ha sido en la tradición francesa que exhibe la labor del Consejo de Estado. CASSAGNE Juan Carlos, *El acceso a la justicia administrativa*, Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Administrativo realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004, p. 12.

³⁶³ “Nuestros convencionales constituyentes, adoptando como modelo el de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, optaron por el sistema judicialista, y nuestra Corte Suprema de Justicia, siguiendo la interpretación jurisprudencial de los tribunales norteamericanos, desde un comienzo aceptó controlar la actuación tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo(...). Concluimos por tal razón que el sistema judicialista argentino es de de origen nacional y que surgió de la recepción por parte de los primeros gobiernos patrios, en la Revolución de Mayo y posteriormente, de las concepciones de división de poderes que florecían en Europa es de fines del siglo XVIII, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico sin las desviaciones originadas en la concepción revolucionaria francesa de la separación de poderes, inspiradas en las consideraciones que hemos examinado anteriormente, y sin la tradición jurídica de la indemandabilidad

Desde la cúspide la Carta Fundamental así se delinea en sus artículos 18, 43, 108, 109, 116 y 117, entre los más destacables.

Dispone el artículo 108 que “...El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación...”.

Por su parte el artículo 109 define que “...En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas...”.

En el capítulo segundo “Atribuciones del Poder Judicial”, dispone el art. 116 que “...Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

El artículo 117 reza “... En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente...”

Garantizando por imperio del artículo 18 que “...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos...”. Es de resaltar que es posible de promover el

del Estado y la inmunidad soberana derivadas del derecho británico y posteriormente estadounidense. Por ello nuestro sistema judicialista es más acentuado que el vigente en los referidos países, carentes de una norma como la del artículo 109 (antes 95) de nuestra Constitución”, HUTCHINSON Tomás, El sistema argentino de control judicial de la administración. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19861/Documento_completo.pdf?sequence=1

amparo judicial contra los actos u omisiones de los poderes públicos que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, derechos o garantías constitucionales (art. 43 CN).

Cassagne sostiene que "...hay que reconocer que el sistema judicialista que instituye la Constitución Argentina configura un conjunto articulado y armónico de premisas y consecuencias que, aun cuando no sea del caso desarrollar en forma pormenorizada, no pueden dejar de ponerse de relieve, tales como:

- a) en principio, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;
- b) sólo excepcionalmente, las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para salvar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos del Ejecutivo (nunca al titular del Poder Ejecutivo) aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;
- c) la tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se afirma gracias al "status" constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos artículos 8 y 25 lo contemplan.

De este principio, se desprenden una serie de consecuencias:

- 1) la superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema en numerosos precedentes;
- 2) la ampliación del círculo de legitimados al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (vgr. consumidores y usuarios, en general, los

derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo –arts. 42 y 43 CN);

- 3) la eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía administrativa lo cual también reafirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa;
- 4) la supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales, los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción los respectivos derechos”³⁶⁴

A diferencia de lo que ocurrió en el derecho público provincial argentino, la Constitución Nacional no crea el fuero contencioso administrativo o administrativo.

Por ello es que en el orden nacional, su establecimiento y las normas atributivas de competencia las debemos encontrar en la ley y la labor desarrollada por la jurisprudencia al respecto³⁶⁵.

³⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 16-18.

³⁶⁵. “Siendo el fuero federal de origen constitucional —artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, ya precedentemente transcritos—, en cambio, el fuero denominado contencioso administrativo surgió de la legislación, a partir de la sanción de las Leyes Nº 3953 y Nº 11.634 —en materia de demandabilidad del Estado y efectos de la sentencia— 11.683 —procedimiento tributario— y, más específicamente, de las Leyes Nº 12.967, 13.278, 14.831, 15.265, ley 18.345 (especialmente en los aspectos establecidos en los artículos “ch” y “e” del artículo 21) el Decreto-Ley Nº 1285/58, y la Ley Nº 19.549 de procedimientos administrativos y sus normas modificatorias. La Ley Nº 12.967 (1947) incrementó a nueve el número de miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal y a dos, el de los procuradores fiscales ante la misma (artículo 1º) estableciéndose que dicho tribunal funcionaría dividido en tres salas, que atenderían respectivamente “...los asuntos civiles y comerciales, contencioso administrativos y criminales y correccionales...”, (artículo 2º). Dispuso por otra parte el artículo 3º, que “...Los vocales que actualmente componen el Tribunal con uno de los que se designen, integrarán por sorteo, que practicará el Presidente del Tribunal, las dos salas que se forman para la atención de los asuntos civiles y comerciales, y los contencioso administrativos. La Sala en lo criminal y correccional se integrará con los tres vocales restantes, cuyos cargos se crean por la presente ley...”. De esta ley surgió, por primera vez en el orden nacional, la creación de un órgano judicial que debía entender en los asuntos contencioso administrativos, si bien no se definían los alcances de esta expresión. Por otra parte, tampoco se establecía ningún requisito de especialización para los jueces que integraran la nueva sala, siendo el sorteo el mecanismo establecido para tal integración. Tampoco se establecían los tribunales de primera instancia que dependerían de la Sala creada, con lo que todavía no podía hablarse de la creación de un fuero contencioso administrativo. La Ley Nº 13.278 (1948) estableció en su artículo 2º que “...La jurisdicción territorial de dos de los nuevos juzgados federales incluidos en la ley de

presupuesto para 1948, será la misma que la de los dos juzgados federales en lo civil y comercial existentes en la Capital de la República..."; y, por otra parte, en su artículo 4º, que "...Los dos nuevos juzgados incluidos en la ley de presupuesto para 1948, a que se refiere el art. 2º, tendrán competencia en materia contencioso administrativa y en los sumarios relativos a leyes especiales, con sujeción a lo prescripto en el artículo 3º...". Asimismo, dispuso el artículo 5º que "...La cámara federal de apelación de la Capital determinará, por acordada de carácter general, las causas en que deben conocer cada uno de los juzgados en lo contencioso administrativo...". Como puede advertirse, en esta oportunidad se subsanó la deficiencia anteriormente señalada, al asignarse a juzgados federales de primera instancia competencia en materia contenciosa administrativa. No obstante, nada se estableció en la ley, como sucediera con su predecesora respecto de la nueva sala, en qué consistiría la competencia de los nuevos juzgados o qué debía entenderse comprendido dentro de su competencia, no pudiendo entenderse válida en este aspecto la delegación legislativa efectuada a favor de un órgano judicial, que además era el que debería regirse por las nuevas normas. Una tentativa de solucionar la situación fue la Ley Nº 13.511, que reguló el proceso administrativo en el orden nacional, estableciendo en su artículo 1º que "...contra los actos administrativos que afectaren un derecho subjetivo o interés legítimo podría interponerse un recurso de reconsideración ante la autoridad administrativa que hubiera dictado el acto administrativo impugnado, recurso jerárquico, y acción contencioso administrativo, y que estableció la competencia que correspondía a los tribunales en lo contencioso administrativo federal. No obstante, la nueva ley fue vetada por el Poder Ejecutivo nacional". Posteriormente, la sanción de la Ley Nº 13.998 (1950) sobre organización de la justicia nacional, dispuso en su artículo 32 que "...Los tribunales nacionales en la Capital Federal estarán integrados por: 1º. Cámaras nacionales de apelaciones de la Capital Federal; a) En lo civil, comercial y penales especial, y en lo contencioso administrativo,.. y 2º. Jueces nacionales de primera instancia de la Capital Federal: a) En lo civil y comercial especial, en lo penal especial, y en lo contencioso administrativo...". Por otra parte, dispuso el artículo 33 que "...La Cámara Federal de Apelaciones de la Capital, existente a la fecha de sanción de esta ley, se designará 'Cámara nacional de apelaciones en lo civil, comercial y penal especial y en lo contencioso administrativo', y será tribunal de alza respectivo de los jueces nacionales de primera instancia en lo civil, y comercial especial, en lo penal especial y en lo contencioso administrativo. Conocerá, asimismo, de los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de organismos administrativos, en los casos autorizados por las leyes, y contra las resoluciones del jefe de la policía federal, en materia de derecho de reunión...". Establecía además el artículo 34 que la referida Cámara "...Actuará dividida en tres salas, por especialidades dentro de su competencia...". Pero, fundamentalmente, el artículo 43 estableció que "...Los juzgados federales números 3 y 4 de la Capital Federal, creados por la ley de presupuesto del año 1948, a que se refiere el artículo 6º de la Ley 13.276, y los juzgados creados, para la Capital Federal, por la ley 12.833, se denominarán 'Juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso administrativo, de la Capital Federal'. "Serán competentes para conocer: a) De las causas contencioso administrativas; b) De las causas que versen sobre contribuciones nacionales y sus infracciones; c) De las causas cuyo conocimiento esté atribuido a los jueces creados para la Capital Federal por la ley 12.833; d) De los recursos contra las resoluciones administrativas, que las leyes en vigor atribuyen a los jueces federales existentes a la fecha de la sanción de esta ley...". Como puede advertirse, aunque se clarificó en alguna mayor medida los alcances de la competencia de los juzgados en lo contencioso administrativo, tampoco se definió en definitiva cuáles eran los alcances concretos de esta expresión en lo que a competencia judicial se refería, con lo que en definitiva tales alcances quedaban deferidos a la jurisprudencia. El Decreto-Ley Nº 1285/58 sobre Organización de la Justicia Nacional y Federal en todo el territorio nacional, estableció que la antes referida Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, comercial, penal y especial en lo contencioso administrativo de la Capital Federal, pasaría a denominarse Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, y constituiría tribunal de alzada, respecto de los jueces nacionales de primera instancia en lo civil, comercial, federal en lo criminal y correccional y en lo contencioso administrativo (art. 33). Prescribió por otra parte en su art. 42 que "...Los juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso y administrativo de la Capital Federal, existentes a la fecha de la sanción de este decreto ley, conservarán su actual denominación y competencia". Cabe también destacar que, en lo relativo a los pleitos de que fuera parte la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, dispuso el artículo 43 que "...Los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal, conocerán...además, en las siguientes causas: a) En las que sea parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, excepto en las de naturaleza penal...". La Ley 21.628 (1977) sobre organización, integración y competencia de las cámaras nacionales de apelaciones del fuero federal en la Capital Federal, estableció en su artículo 3º: "...Créase la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal de la Capital Federal, que estará integrada por seis (6) jueces y actuará

Además de ser de carácter judicialista, el sistema argentino de control judicial de la Administración es -en el orden nacional- limitadamente especializado.

La justicia federal está organizada, a través de tribunales judiciales específicos con asiento en la Capital Federal, de la siguiente forma: el fuero Contencioso Administrativo federal, que comprende una Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal.

A su turno, en el resto del país, la Justicia federal carece de tribunales específicos de la materia, interviniendo jueces de competencia universal (o a lo sumo, de competencia en aquellas materias que no sean de índole penal)³⁶⁶

Así sumariamente descripto el sistema nacional, no obsta que (como en la experiencia internacional) hayan existido -y existan- otros mecanismos de contralor de corte administrativo a los que Hutchinson denomina “cuasi jurisdiccionales”.

A ese respecto la doctrina cita la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente dictado en autos “Fernández Arias, Elena y otros c./ Poggio, José”³⁶⁷ en el que se pronunciara por vía del recurso extraordinario, respecto del cuestionamiento planteado contra una resolución, confirmatoria de otra anterior, dictadas en ambos casos por organismos administrativos dotado de las denominadas facultades cuasi jurisdiccionales, las Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje Obligatorio, a las cuales las Leyes N° 13.246, 13.897 y 14.451

dividida en dos (2) salas de tres (3) miembros cada una”. Dispuso por otra parte el artículo 4º que “...La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal será tribunal de alzada respecto de los jueces nacionales de primera instancia en lo Contencioso-Administrativo de la Capital Federal, y conocerá asimismo de los recursos de apelaciones que se interpongan contra las resoluciones de los organismos administrativos, en los casos autorizados por las leyes...”. En este último aspecto hace alusión a *los recursos judiciales directos*, acciones procesales administrativas de conocimiento limitado y trámite rápido, que suelen estar establecidos por normas que asignan a organismos administrativos facultades para resolver controversias entre partes —que pueden ser el particular y la Administración— aplicando el derecho, aunque no en forma definitiva, estableciéndose en consecuencia estas acciones, inadecuadamente denominadas *recursos*, dado que el procedimiento administrativo no constituye nada equivalente a una *primera instancia judicial* (49). Estableció por otra parte el artículo 8º que “...Los actuales jueces de las Salas en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal pasarán a integrar la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal de la Capital Federal...”, *Ibidem*.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ C.S.J.N., “Fallos” 247:646, “Fernández Arias c/Poggio” de 19-9-1960.

conferían facultades para resolver controversias entre arrendadores y arrendatarios rurales, sin más control judicial que el recurso extraordinario (art. 14, Ley N° 48); planteándose por el recurrente que tales organismos administrativos trasgredían lo establecido en el artículo 95 (hoy 109), 67 (hoy 75) inciso 11 (hoy 12), 16 y 18 de la Constitución Nacional.

En la aludida oportunidad, la Corte, tras reconocer la existencia y su reconocimiento de la constitucionalidad de diversos organismos administrativos dotados de facultades cuasi jurisdiccionales, sostuvo que, no obstante, "...la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que desde luego, no es lícito trasgredir... Que entre esas limitaciones preestablecidas, figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente..."³⁶⁸.

Asimismo, en la Provincia del Chaco, se ha creado un sistema jurisdiccional y especializado en la materia.

El artículo 26 Constitución de la Provincia del Chaco 1957-1994 estipula

"Toda persona o el Estado afectado por una resolución definitiva de los poderes públicos, municipalidades o reparticiones autárquicas de la Provincia, en la cual se vulnere un interés legítimo, un derecho de carácter administrativo establecido en su favor por ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución anterior, podrá promover acción contencioso administrativa y las demás acciones que prevea el código en la materia. Una ley especial creará el fuero contencioso-administrativo, estableciendo la forma y modo de su funcionamiento."

Asimismo, el artículo 163 inc. e) prevenía que:

"El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo judicial, las siguientes atribuciones, con arreglo a las normas legales respectivas:1. Ejerce jurisdicción ordinaria y exclusiva en los siguientes casos: ...e) En las acciones contencioso-

³⁶⁸ *Ibidem*.

administrativas, hasta tanto se cree el fuero correspondiente, con arreglo a lo establecido en el art. 26 de esta Constitución.”

Oportunamente la Ley N° 4051 (actualmente Ley 962 A³⁶⁹) creó la Cámara en lo contencioso administrativo de instancia única con asiento en la Ciudad de Resistencia y jurisdicción en toda la provincia, asumiendo las atribuciones que hasta entonces recaían en el Superior Tribunal de Justicia.

Posteriormente la legislatura provincial sancionó la Ley N° 397 A, norma por la cual se agrega a la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo con asiento en la ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña, una sala con competencia en materia contenciosa administrativa y por razón del territorio en las Circunscripciones Segunda, Tercera, Cuarta y Sexta de la Provincia del Chaco (de instancia única similar a su par de la ciudad de Resistencia)³⁷⁰.

IX.5.5. El arbitraje en la Argentina³⁷¹

La Constitución Nacional de 1853/1860 no contenía cláusulas expresas que hicieran alusión al arbitraje, pero al contener una estructura de corte liberal en cuanto a las libertades personales, que incluyen las relaciones comerciales, no impedía la conformación de legislación favorable a la institución arbitral³⁷².

Por su parte, el poder constituyente de 1957 incorporó el arbitraje en el texto supremo pero sólo en materia laboral (artículo 14 bis)³⁷³.

A su turno, en la reforma operada en el año 1994, se recoge normativamente la posibilidad de que, en el ámbito del derecho de consumidores y usuarios “...La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de

³⁶⁹ B.O. 7354.

³⁷⁰ Ley N° 397 A (antes Ley 2543) B.O. 10170, 20/12/2017.

³⁷¹ “En Argentina en los últimos 40 años se ha producido un significativo desarrollo del arbitraje, especialmente el institucional, existiendo dentro del ámbito doméstico numerosos Tribunales constituidos por entidades privadas. En tal sentido, merecen destacarse los Tribunales Arbitrales de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y de la Bolsa de Comercio de Rosario; este último, con una sala especializada en Mercado de Capitales y Sociedades de reciente creación. También hay una mayor utilización del arbitraje ad-hoc, aunque por su naturaleza absolutamente privada y reservada para un caso, resulta imposible conocer con grado de certeza la cantidad de casos a él sometidos.” CRISTIÁ María José, ob. cit., p. 38.

³⁷² FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., ob. cit., p. 50.

³⁷³ Artículo 14 bis: “...Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje...”

conflictos...”³⁷⁴ por lo que “Esta norma de jerarquía constitucional alienta el empleo del *arbitraje* así como de la mediación, para la *prevención y solución de conflictos*”³⁷⁵

Así las cosas, el método de *alternativo* resolución de conflictos en estudio fue reglamentado, en principio por considerárselo un “procedimiento especial”, fundamentalmente a través de normas procesales³⁷⁶.

De allí que, dada la estructura federal del Estado argentino y la cláusula de deslinde de competencias entre éste y las autonomías provinciales³⁷⁷, siendo el dictado de las normas procesales de resorte de estas últimas, encontramos en los digestos rituales de cada una de las provincias argentinas su reglamentación respectiva³⁷⁸ el ámbito internacional la Nación Argentina reconoce la utilidad del arbitraje y así se verifica si repasamos:

- a) La Convención de New York. Argentina ha suscripto la Convención de New York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y la ratificó por ley 23619 del 28 de septiembre de 1988.

En el momento de depositarse el instrumento de ratificación Argentina formuló la siguiente declaración:

“La República Argentina declara: -A base de reciprocidad, aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas

³⁷⁴ Artículo 42 C.N.

³⁷⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.– LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., ob. cit., p. 53.

³⁷⁶ “En efecto, hasta el dictado del nuevo Código Civil y Comercial, que rige para toda la Nación a partir de agosto del 2015, se referían al arbitraje, y lo siguen haciendo, desde una óptica procesal, la mayoría de los Códigos de Procedimiento de cada jurisdicción. Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, le dedica todo el Libro VI, dividido en dos Títulos, el Primero regula el proceso arbitral a cargo de los que llama jueces árbitros (art. 736), y el Título Segundo regula el juicio de amigables componedores o arbitradores que resuelven conforme a equidad (art. 766)”, CRISTIÁ María José, Algunos aspectos del arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. <https://www.bcr.com.ar/Secretara%20de%20Cultura/Revista%20Institucional/2016/Mayo/Arbitraje.pdf>

³⁷⁷ Artículo 121 C.N.: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

³⁷⁸ Al desorden lógico que ello causa debe añadirse que la legislación local en la materia suele ser ineficiente – es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - y en algunos casos derechamente hostil al arbitraje. RIVERA, Julio César. El arbitraje en la Argentina. http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_el_arbitraje_en_argentina2.pdf

en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Declara asimismo que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno. -La presente Convención se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella. -Ratifica la declaración formulada al proceder a firmar la Convención y que consta en el párrafo del Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958”.

b) La Convención de Panamá de 1975 Por ley 24322 se ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por las Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos en Panamá, 1975 (CIDIP I). La Convención tiene la ratificación además de: Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

c) Los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo (de 1889 y 1940) Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 también han sido ratificados por Argentina; y ambos contienen un Título dedicado al “cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales” que dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que han sido dictados siempre que reúnan ciertos requisitos.

d) Convención de Montevideo de 1979: También se ha ratificado la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada por las Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos en Montevideo en el año 1979 (conocida como CIDIP II). La ratificación se dispuso por la ley 22921, y además de Argentina la han ratificado Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

e) Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa Por ley 24578 de noviembre de 1995 se ratificó este Protocolo suscripto entre los Gobiernos de los Estados que forman el Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Su Capítulo V alude al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados miembros del Mercosur.

f) Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones. Finalmente cabe señalar que a partir del año 1990 la República Argentina suscribió más de 50 tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones; en ellos se prevé que los diferendos se someten al arbitraje de tribunales arbitrales ad hoc o constituidos bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI). En 1994, por ley 24353, Argentina aprobó el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre un Estado y nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965.

g) En 1998, el Mercosur aprueba el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, suscripto en Buenos Aires. El 25/07/1998m y sucesivamente se firma el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile. Aprobados por la Argentina por Ley 25223 y ratificados el 30/02/2000.

Tras la reforma operada en el derecho de fondo, unificada la legislación civil y comercial³⁷⁹, el arbitraje ha sido receptado y regulado como un contrato³⁸⁰, aún cuando la casi totalidad de los preceptos refieren a cuestiones procesales, siendo, en consecuencia, algunos pocos artículos los que se ocupan de lo estrictamente contractual³⁸¹.

³⁷⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nº 26.994, sancionada el 1/10/2014, promulgada el 07/10/2014, B.O. 32985.

³⁸⁰ El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, regula el arbitraje en los arts. 1649 a 1665 dentro del Capítulo 29 (Contrato de Arbitraje) del Título IV (Contratos en Particular) del Libro III (Derechos Personales).

³⁸¹ CCC Artículos 1649, 1650, 1651 y posiblemente el artículo 1658. Desde esta concepción contractualista, originante de la función jurisdiccional del árbitro y de la fuerza obligatoria del contrato arbitral con desplazamiento de la justicia estatal²³, surge expresamente ahora el art. 1656 del nuevo Código, que contempla los “efectos del mismo”, disponiendo que “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje,

Siguiendo a Cristiá³⁸² en este punto, podemos reseñar el “contrato de arbitraje” conforme la preceptiva del Código Civil y Comercial argentino en los siguientes términos:

- 1) Se regula solamente el arbitraje interno o nacional, adoptando una posición dualista al respecto, dejando aparte el arbitraje internacional³⁸³;
- 2) Sus fuentes son el Código Civil de Québec, la Ley Modelo CNUDMI (UNCITRAL) y la regulación francesa de enero del 2011, aunque aclara el codificador en la Exposición de Motivos que los principios que recogen son prácticamente universales;
- 3) Se establece que habrá “...contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público” (art. 1649 CCC);
- 4) El Código se preocupa en dar la mayor eficacia a ese contrato, garantizando la perdurabilidad del acuerdo, disponiendo que “en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje” (art. 1656 segundo párrafo). Principio que se ve fortalecido cuando se sienta también el carácter autónomo de la

excepto que el tribunal arbitral no esté conociendo aún de la controversia y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable”, CRISTIÁ María José, ob. cit., p. 41.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ El que ha sido reglado por Ley Nº 27.449, B.O. 26/07/18. La iniciativa legislativa, parte integrante del Programa Justicia 2020 propiciado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pretende adoptar – con las adaptaciones pertinentes – la Ley Modelo de la CNUDMI en la materia. Fue elaborada por una Mesa de Trabajo integrada por académicos, abogados especialistas, profesores expertos en la materia y en derecho internacional, árbitros de la Bolsa de Cereales, de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y árbitros nacionales e internacionales, magistrados, funcionarios de la Agencia Argentina de Inversiones y Comercio Internacional, funcionarios a cargo de Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación, funcionarios de la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos y funcionarios especialistas de la Secretaría de Justicia del mencionado Ministerio, sumado a los aportes realizados por todas las personas interesadas a través de la Plataforma Justicia 2020.

cláusula, al disponerse que “el contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona”; “la ineficacia de éste no obsta la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aún en caso de nulidad de aquél para determinar los derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”;

- 5) Reconoce el nuevo Código no sólo el arbitraje ad hoc, sino que contempla especialmente el arbitraje institucional en su art. 1657, recepcionando lo que ya era una práctica en la realidad nacional³⁸⁴;
- 6) Se admite tanto el arbitraje de derecho como el de equidad, prevaleciendo el arbitraje de derecho si nada se estipula en el contrato sobre qué clase de arbitraje se ha convenido o si no se autoriza a los árbitros a decidir la controversia según equidad (artículo 1652);
- 7) Hay una expresa exclusión a las controversias en que se encuentre comprometido el orden público (art. 1651);
- 8) Se garantiza tanto la autonomía de la voluntad, con pocas normas inderogables, y la igualdad de las partes. Tal igualdad

³⁸⁴ “En Argentina está desarrollado el arbitraje institucional y ello se manifiesta en la existencia de numerosas organizaciones que administran arbitrajes. Quizás el más representativo sea el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. También son reconocidos el de la Bolsa de Uruguay 750 - Piso 8 - C1015ABP - Buenos Aires - Argentina - Tel.: (54-11) 4373-0309 - Fax: (54-11) 4372-2918 Sitio web: www.rivera.com.ar – E-mail: estudio@rivera.com.ar Comercio de Rosario y el de la Bolsa de Cereales que tiene más de 150 años de funcionamiento aunque con una competencia limitada. Los Colegios profesionales también tienen tribunales arbitrales organizados bajo reglas establecidas; así el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos, el Colegio de Escribanos que ha creado un tribunal conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; y el Colegio Público de Abogados de Bs. As.. El colegio de Abogados de Mar del Plata también tiene un tribunal arbitral que se constituye con algunos de los abogados más prestigiosos del foro local, y tanta ha sido su eficacia que es habitual que se pacte su competencia en asuntos que deberían tramitar ante los tribunales de esa ciudad. Finalmente algunas organizaciones privadas han aparecido en los últimos años con la finalidad de administrar arbitrajes. Entre ellos el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje y el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio. En otro ángulo de la cuestión, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la vigencia del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, al aplicar los baremos de honorarios previstos en ella a arbitrajes domésticos” RIVERA Julio César, El arbitraje en Argentina, www.rivera.com.ar

de las partes se ve consolidada en el artículo 1661 Código Civil y Comercial, al establecer la nulidad de la cláusula que confiera a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros;

- 9) Con una norma de neto corte procesal, se introduce en el tercer párrafo del artículo 1656 el marco recursivo del laudo, abriendo la posibilidad de la revisión judicial, cuando se invoquen causales de nulidad total o parcial conforme con las disposiciones del Código; y estableciendo la irrenunciabilidad del derecho a impugnar judicialmente el laudo arbitral que fuera “contrario al ordenamiento jurídico”³⁸⁵;

Ahora bien, en lo que atañe estrictamente al objeto de mi tesis, en materia de contrata pública mi país conoce algunos ejemplos de utilización de métodos de composición de corte administrativo o arbitral, aún cuando en general la doctrina haciendo un repaso de sus causas, concluye que el Estado argentino no es proclive a someterse a este tipo de enjuiciamientos³⁸⁶ y, a la postre también, conspiran contra las *alternativas* las injerencias, no en pocas ocasiones arbitrarias del Poder Judicial³⁸⁷.

³⁸⁵ “Pareciera que este artículo quisiera seguir el temperamento del famoso caso “Cartellone”, donde la Corte estableció que no sería válida la renuncia a apelar cuando el laudo es “ilegal, irrazonable o inconstitucional”. De lo que no caben dudas es que, dado el carácter netamente procesal del aspecto recursivo, no sólo deberá compatibilizarse con los procedimientos de los Códigos Procesales locales y de la Nación, sino también su congruencia con la Constitución Nacional (...)Quedan, desde luego, siempre con carácter de irrenunciables el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación si media una cuestión constitucional y, si no la hubiera, el recurso por arbitrariedad...”, CRISTIÁ María José, ob. cit., p. 43-44.

³⁸⁶ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Ed 2013 t. II, Capítulo XVII, El arbitraje Administrativo Nacional, IJ-XXXIII – 669, p. 656-669.

³⁸⁷ “Decisiones recientes de ciertos tribunales argentinos han generado serias dudas sobre el grado de conocimiento existente en nuestro país sobre la materia arbitral. Se ha considerado tradicionalmente que los tribunales judiciales deben abstenerse de interferir en el trámite del procedimiento arbitral hasta tanto se dicte el laudo -excepción hecha de la colaboración necesaria para la ejecución de medidas compulsivas-, ya que lo contrario implicaría limitar las facultades jurisdiccionales propias de los árbitros. Así lo contempla expresamente el ordenamiento procesal argentino al limitar los recursos existentes a la sentencia arbitral. Lamentablemente, ciertas decisiones recientes parecen indicar que esa no es la concepción actual de algunos tribunales argentinos. En este sentido, particular preocupación causó en el ambiente del arbitraje la intervención de algunos tribunales argentinos en el caso Yacretá. Ver, así Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, “Entidad Binacional Yacretá c/ Eriday y otros”, sentencia interlocutoria del 27 de septiembre de 2004, La Ley 2005-A, p. 12; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, “Entidad Binacional Yacretá c/ Eriday y otros”, resolución del 18 de abril de 2005, La Ley 2005-C, p. 651. Las Empresas Reunidas Impregilo - Dumez y

Con el agravante que, como lo anticipara, la Nación Argentina ha suscripto invariablemente compromisos internacionales (los que tienen jerarquía normativa superior a las leyes por imperativo constitucional) en los que ha reconocido la vía arbitral como el cauce apropiado para la resolución de sus conflictos foráneos³⁸⁸.

Entre ellos podemos citar al (hoy derogado³⁸⁹) Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación, creado por Ley N° 12.910/47³⁹⁰.

La normativa de referencia establecía que el Estado se hiciera cargo del ajuste de precios en las obras contratadas por la administración estatal, cuyos costos hubieran sido afectados por el impacto de la Segunda Guerra Mundial en el precio de materiales, transporte, mano de obra y combustible³⁹¹. Al acogerse a ese régimen los contratistas en forma automática renunciaban a cualquier reclamo judicial³⁹².

La ley fue promulgada el 19 de mayo de 1947 y dos días después el decreto 11.511/47 la reglamentó. Los contratistas tenían dos semanas para ingresar al nuevo

Asociadas para Yacretá (ERIDAY UTE) iniciaron un arbitraje CCI contra la Entidad Binacional Yacretá (EBY) - organismo de carácter internacional creado mediante un tratado celebrado por Argentina y Paraguay- en el marco de ciertas diferencias originadas en torno a la ejecución de un contrato para la construcción de una represa hidroeléctrica celebrado el 20 de octubre de 1983". TAWIL Guido Santiago e Ignacio J. MINORINI LIMA, El Estado y el Arbitraje, primera aproximación; http://iea.ec/pdfs/2009/ART_GUIDO_TAWIL.pdf Ver en mayor desarrollo Julio César Rivera, "Incomprensión Judicial del arbitraje": http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_incomprension-judicial-del-arbitraje_0.pdf

³⁸⁸ Todo lo cual nos deja en el perfecto círculo vicioso de siempre: habernos opuesto como país, en toda la legislación y práctica del derecho interno, al arbitraje, círculo que ahora intentamos, también como país retomar como si nada hubiera pasado en el ínterin. Pero durante una década el Estado argentino suscribió sin cesar medio centenar de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras con cláusula arbitral internacional, cumpliendo con todos los recaudos de su sistema constitucional al celebrar, ratificar y comunicar tales tratados", Julio César Rivera, El arbitraje Administrativo..., ob. cit., p. 668. "Por su parte, a pesar de haber anunciado el abandono de la doctrina Calvo al alentar la suscripción de más de 50 tratados de protección y promoción recíproca de inversiones a principios de la década del 90, la Argentina ha desempolvado nuevamente argumentos estrechamente vinculados con ella 16 tanto en los procesos arbitrales en los que es parte como en declaraciones periodísticas e iniciativas legislativas¹⁷. Sin embargo, más allá de ciertas posiciones adversas al sometimiento del Estado al arbitraje y reacciones visibles recientemente, el arbitraje con partes estatales ejerce hoy un importante rol en el orden económico internacional. Subsisten, por cierto, diferencias relevantes entre los arbitrajes en que un Estado es parte y aquél que atañe únicamente a partes privadas. Cuestiones tales como la arbitrabilidad subjetiva, las restricciones impuestas por las legislaciones nacionales, la revisión de los laudos y la inmunidad de ejecución son sólo algunas de las que mayor relevancia han asumido cuando una de las partes de la controversia es una persona estatal", TAWIL Guido Santiago e Ignacio J. MINORINI LIMA, El Estado y el Arbitraje, primera aproximación; http://iea.ec/pdfs/2009/ART_GUIDO_TAWIL.pdf

³⁸⁹ Dto. 1349/2001, 02/11/2001, B.O. 29766, artículo 4.

³⁹⁰ B.O. 15770, 19/05/1947.

³⁹¹ Artículo 1.

³⁹² Artículo 7.

régimen y si la liquidación que el Estado practicaba no les resultaba satisfactoria, otros quince días para presentar su objeción y los documentos que la respaldaran. Si el Estado rechazaba ese recurso, todos los antecedentes pasarían a una Comisión Arbitral. Dos de los tres miembros del Tribunal Arbitral serían funcionarios del Estado y el tercero un representante de las empresas constructoras.

Ese mismo año (1947) se promulgó la Ley 13.064 de Obras Públicas. Estableció que cualquier litigio sobre sus normas se debatiría en la jurisdicción contencioso administrativa³⁹³. Mientras ese nuevo fuero no se organizara, el contratista y el Estado podrían convenir “un tribunal arbitral que decida en única instancia”³⁹⁴.

Este período de transición concluyó en octubre de 1950, cuando la Ley 13998³⁹⁵ creó los juzgados de primera instancia y las cámaras de apelaciones en lo contencioso administrativo federal³⁹⁶.

El Decreto 3772³⁹⁷, de junio de 1964, extendió su alcance, ya no se trataba de ajustes de precios por las obras contratadas o construidas durante la guerra sino para cualquiera que se licitara o contratara en adelante.

En agosto de 1991, el presidente Menem dictó el Decreto 1496/91³⁹⁸, que instituyó y regló la responsabilidad y acciones del Tribunal Arbitral, no sólo para la

³⁹³ “Lo establecido en este artículo en punto a la competencia del fuero contencioso administrativo guarda armonía con la calificación legal del contrato de obra pública como contrato administrativo consagrada en el art. 21 de la LOP, y con la competencia de ese fuero en materia de resolución de controversias vinculadas a la formalización, interpretación y ejecución de los contratos administrativos”, DRUETTA Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia. Ley 13.064 de Obras Públicas, Comentada y Anotada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 451.

³⁹⁴ Artículo 55.

³⁹⁵ B.O. 16754, de fecha 11/10/1950.

³⁹⁶ “Sobre la base de tal premisa en doctrina judicial se consideró que la opción a favor del contratista que contiene la segunda parte del art. 55 de la LOP, así como la posibilidad de convenir arbitraje, perdió vigencia poco después de promulgada la LOP, al establecerse la competencia de los tribunales federales en materia contencioso administrativa y el procedimiento aplicable en la materia; y que, en última instancia, con el dictado de la LNPA, título IV, se vino a tener por cumplida la condición a la que se subordinaba la obligatoriedad del fuero contencioso administrativo.” DRUETTA Tomás y GUGLIELMINETTI Ana Patricia, ob. cit., p. 455. Cfr. CSJN, 14/08/2007, *in re* “Gardebled Hermanos S.A. v. Poder Ejecutivo nacional”, LL 2007-F-117.

³⁹⁷ B.O. 20439, de fecha 10/06/1964.

³⁹⁸ B.O. 27195, de fecha 12/08/1995.

construcción de obras públicas sino también para sus concesiones y los contratos de consultoría.

El procedimiento fue regulado por el propio Tribunal mediante la Resolución 31/2000.³⁹⁹

Como dijera más arriba, el Tribunal Arbitral fue disuelto por el Dto. 1349/2001, quedando a opción del particular ocurrir a la esfera administrativa o bien, al ámbito jurisdiccional, conforme lo preceptúa su artículo 1º:

“Artículo 1º: Todas las cuestiones a que den lugar la ejecución e interpretación de contratos de obra pública, consultoría y concesiones, previstas por las Leyes Nros. 13.064, 22.460 y 17.520 y los Decretos Nros. 11.511 de fecha 28 de abril de 1947, 1978 de fecha 19 de marzo de 1964 y 3772 de fecha 22 de mayo de 1964 y sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias, podrán continuar su tramitación por las siguientes vías, a opción del particular:

- a) Administrativa, según las previsiones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N° 1759/72 T.O. 1991 y normas complementarias.
- b) Judicial, conforme lo establecido en el artículo 3º del presente decreto.”

Resulta también relevante traer a colación la Ley N° 27.328⁴⁰⁰ que estatuye el régimen de contratación con participación público privada (contrato PPP)⁴⁰¹ prevé en el Capítulo VII, relativo a la Solución de Controversias, el arbitraje como una de las opciones posibles con ese fin.

³⁹⁹ B.O. 29476, de fecha 05/09/2000.

⁴⁰⁰ B.O. 33514, de fecha 30/11/2016.

⁴⁰¹ Artículo 1º. Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

El Poder Ejecutivo, a través del Decreto reglamentario N° 118/2017⁴⁰², declara de interés nacional todos los proyectos que se desarrollen en el marco de las disposiciones de la Ley N° 27.328⁴⁰³ e invita a las provincias a adherir a sus términos, incentivando la utilización de la herramienta mediante la eximición del impuesto de sellos a todos los contratos y subcontratos que sean necesarios para instrumentar los proyectos a ser ejecutados total o parcialmente en sus territorios bajo dicho régimen⁴⁰⁴.

La Ley regula que "...todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente **podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje**. En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación"⁴⁰⁵.

Por su parte por vía reglamentaria se define que tanto en el pliego como en el contrato PPP, podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria en la materia. En tal caso, los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras regirán el proceso arbitral e integrarán el contrato de arbitraje⁴⁰⁶.

La reglamentación establece asimismo que el Tribunal Arbitral estará integrado por uno o tres árbitros de derecho. En un procedimiento similar al Modelo UNICITRAL, en el supuesto en que el Tribunal Arbitral esté integrado por un árbitro, el mismo será designado por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por la entidad administradora del arbitraje designada o por el órgano que se prevea

⁴⁰² B.O. 33570, de fecha 20/02/2017.

⁴⁰³ Dto. 118/17, Artículo 5.

⁴⁰⁴ Dto. 118/17, Artículo 6.

⁴⁰⁵ Ley 27.328, Artículo 25.

⁴⁰⁶ Dto. 118/17, Artículo 25.1

en el pliego o en el Contrato PPP. En el caso restante, los árbitros serán designados, uno, a propuesta del Estado contratante, uno a propuesta del Privado Contratista PPP y el tercero que será nombrado por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el órgano que se prevea en el Pliego o en el Contrato PPP. El Pliego podrá prever que el presidente del tribunal no podrá tener la nacionalidad de ninguna de las Partes o de cualquier accionista que tenga más del diez por ciento de las acciones del Privado Contratista PPP⁴⁰⁷.

El Decreto establece como obligación para las Partes que estas, en el contrato PPP, reconozcan:

1) Que la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del Contrato PPP con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia de éste no obsta a la validez de la cláusula o del contrato de arbitraje, y los árbitros conservarán su competencia, aun en caso de nulidad del Contrato PPP, para determinar los respectivos derechos de las Partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones. Esta solución no solo es coincidente con el Modelo UNCITRAL que marca el principio de la independencia del arbitraje ante la invalidez del contrato, sino que además coincide con lo estipulado en el CyCCN, art. 1653, y;

2) Que la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al Tribunal Arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

El texto de este punto es idéntico al estipulado en el CCyCN: 1654. Se fijan así los principios de "*Kompetenz-Kompetenz*" (los árbitros pueden resolver sobre su propia competencia y las demás cuestiones establecidas en el mismo) y el principio de preservación de la jurisdicción arbitral⁴⁰⁸.

El cuanto al régimen recursivo se estipula que "Contra los laudos de tribunales arbitrales con sede en la República Argentina sólo podrán interponerse

⁴⁰⁷ Dto. 118/17, Artículo 25.2.

⁴⁰⁸ Dto. 118/17, Artículo 25.3.

los recursos de aclaratoria y de nulidad previstos en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en los términos allí establecidos. Dichos recursos no podrán, en ningún caso, dar lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente”⁴⁰⁹.

No existe reglamentación en este punto, aún cuando hubiese sido conveniente.

Los vaivenes de los precedentes jurisprudenciales en el tópico⁴¹⁰, aconsejan “...que se despeje cualquier tipo de duda sobre la inadmisibilidad del recurso de apelación contra el laudo, aun ante la falta de renuncia expresa al mismo, aunque como dije en otra publicación al respecto, conforme la redacción de la norma bajo análisis aparece acertado interpretar la inadmisibilidad del recurso de apelación contra los laudos arbitrales que se pronuncien bajo este régimen de contratación, pues la letra de la norma es clara al expresar que **“sólo” serán admisibles contra los laudos dictados en territorio nacional los recursos de nulidad y aclaratoria dispuestos en el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**, razón por la cual, no sería necesaria –aunque sí recomendable- la renuncia expresa del recurso de apelación que dispone el art. 758 del Código ritual, por no estar este último contemplado en el art. 26 de la ley 27.328”⁴¹¹.

Por último, a título cautelar, se prevé que “El contrato podrá prever que los pagos que se devengasen a cargo de la contratante durante el trámite de la controversia deberán ser hechos efectivos en la medida en que no se vean alcanzados por ella. En tal caso, si la administración o, en su caso, el consultor técnico designado al efecto, verificase que el contratista ha cumplido debidamente

⁴⁰⁹ Ley 27.328, Artículo 26.

⁴¹⁰ No casualmente se ha dicho que “...la incomprensión por los tribunales judiciales de lo que es el arbitraje, nos enfrenta a un panorama desalentador sobre su futuro en la Argentina” aún cuando “...nuestra jurisprudencia deberá reconocer en algún momento: en el comercio internacional el arbitraje es el modo corriente de resolución de conflictos, habiéndose convertido en la fase jurisdiccional de la *lex mercatoria*. Y en el ámbito interno el arbitraje es un medio idóneo de resolución de conflictos que merece el respaldo de la legislación y de los jueces porque “El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, está fundada en el incontrastable principio de libertad natural”. RIVERA, Julio César. Incomprensión judicial del arbitraje.

⁴¹¹ BUSTINGORRY, Rodrigo. Arbitraje en Argentina en contratos público – privados, La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana, 1/08/2017, <http://ciarglobal.com/rodrigo-bustingorry-arbitraje-en-argentina-en-contratos-publico-privados/>

con sus obligaciones contractuales, los fondos alcanzados por la controversia deberán ser depositados por la contratante, conforme lo disponga la reglamentación, en una cuenta en garantía o fideicomiso hasta su resolución final y seguirán su suerte”⁴¹². Encargándose de definir el procedimiento para tales depósitos la UNIDAD DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA⁴¹³.

Como lo sostiene CRIVELLI resulta claro que el sistema argentino es insuficiente⁴¹⁴. Siguiendo al autor citado podemos destacar como carencias del régimen:

- a) La ausencia en general del arbitraje;
- b) La falta de competencia técnica, especialidad y recursos de la jurisdicción;
- c) La competencia desorbitante de la jurisdicción contencioso administrativa, la que se traduce en un cúmulo de causas de imposible procesamiento en tiempo oportuno;
- d) El carácter facultativo que tiene el arbitraje como método de resolución de conflictos en los contratos PPP;
- e) Que la reglamentación del arbitraje posea un rango normativo de jerarquía menor (Decreto 118/17).

En definitiva, debe irse hacia un esquema en el que todos los intereses en juego se vean debidamente protegidos, sobre una base de previsibilidad y seguridad jurídica⁴¹⁵; única forma de ser competitivos⁴¹⁶ a la hora de captar

⁴¹² Artículo 27.

⁴¹³ Dto. 118/17, Artículo 27.

⁴¹⁴ CRIVELLI, Julio César. *Inversión Privada en el sector Público*, Astrea, CABA, 2017, p. 396.

⁴¹⁵ “En efecto, un decreto reglamentario se cambia con otro decreto y la garantía de los derechos adquiridos nacidos al amparo de una norma anterior no es una tradición de nuestro sistema jurisdiccional”, CRIVELLI, Julio César, ob. cit., Astrea, CABA, 2017, p. 411.

⁴¹⁶ “La falta de un sistema adecuado de solución de conflictos actuará elevando el riesgo y el costo financiero”, CRIVELLI, Julio César, ob. cit., p. 396

inversiones en un escenario político, económico y social - regional y mundial - cada vez más ávido⁴¹⁷.

IX.5.6. El arbitraje comercial internacional en la Ley N° 27.449 de la República Argentina.

En lo que respecta al arbitraje comercial internacional, Argentina ha promulgado la Ley N° 27.449⁴¹⁸, siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo CNUDMI⁴¹⁹.

Del Mensaje de Elevación del proyecto surge que el mismo responde “a la necesidad de dotar a la Argentina de un marco normativo que resultara adecuado para favorecer la elección por las partes de Argentina como sede de arbitrajes internacionales⁴²⁰ y que refleje la moderna concepción de esta forma de resolver conflictos, en sintonía con las legislaciones de la región y de buena parte del mundo” lo que permitirá al país dentro de aquellos “...respetuosos de la seguridad jurídica, lo que permitirá, a su vez, a los inversores contar con una herramienta fundamental con la que podrán, en su caso, hacer valer sus derechos dando prioridad al principio de la autonomía de la voluntad”.

La concreción legislativa fue la consecuencia del desandar un largo proceso en el que, tanto la doctrina de los autores como los intentos de legislación que se

⁴¹⁷ “La Argentina debe incorporar a su legislación un sistema de solución de controversias basados en los modelos de conciliación y arbitraje (...) El sistema debe tener jerarquía legal y no debe abandonar ningún aspecto a la reglamentación. El punto central del sistema de solución de controversias radica en la equiparación del Estado y del privado, la imparcialidad real del árbitro tercero, la inapelabilidad de los laudos salvo las causales clásicas, o sea, laudar fuera de término o fuera de los puntos sometidos a arbitraje y la correlativa y vigorosa disminución de las facultades exorbitantes que deben ser sometidas al arbitraje en cuanto a la indemnización y el cumplimiento de los requisitos”, CRIVELLI, Julio César, ob. cit., p. 403.

⁴¹⁸ B.O. 26/07/18. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>

⁴¹⁹ En su versión emendada en el año 2006 https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

⁴²⁰ “Hay consenso en la comunidad arbitral acerca de que el desarrollo del arbitraje en Argentina viene retrasado, si se lo compara con el de los demás países de la región y del mundo en general. Un estudio reciente muestra que en Argentina, cuando las partes de un contrato eligen someter las eventuales disputas a arbitraje, no suelen optar por la jurisdicción local como sede, sino que se prefieren plazas como Uruguay, EE.UU., Francia, Inglaterra o Chile”, con cita de COLE, Tony - ORTOLANI, Pietro - KARACAN, Pinar - TRINDADE CARDOSO, Stephanie, “Arbitration in the Americas: Report on a Survey of Arbitration Practitioners”, Gentium Law, University of Leicester, abril 2018, p. 8. Disponible en: <https://www2.le.ac.uk/departments/law/research/arbitration> (Fecha de consulta: 26/04/2018); 164, p. COLQUICOCHA MARTÍNEZ, Miguel, Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, La Ley, Año LXXXII N° 16.

hicieron, dieron una acabada muestra de la preocupación por poner a la Argentina a la altura de sus pares en el concierto del comercio internacional y los métodos para resolver los conflictos que en ese tráfico se generaran.

En el plano de los proyectos de ley se citan en este punto sendos avances realizados por VANOSSI que tenían por objeto la adopción de la Ley Modelo UNCITRAL⁴²¹. En la misma inteligencia, se presentaron: 1) El Anteproyecto elaborado por la Comisión de Juristas creada por Decreto 958/1991; El Anteproyecto elaborado por la Comisión de Juristas creada por Resolución del Ministerio de Justicia N° 338/1998; El Anteproyecto elaborado por la Comisión Consultiva creada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 219/2001. Ninguno ha tenido tratamiento parlamentario pleno⁴²².

Así podíamos leer a CAIVANO preguntarse tiempo atrás ¿cuántos años más tendrán que pasar para que podamos contar, en nuestro país, con una legislación que pueda ser exhibida con orgullo? Porque, seguía diciendo el autor, "...esa inercia no ha obedecido a la falta de ideas o de modelos, ni tampoco de iniciativas provenientes de la comunidad jurídica"⁴²³ Sustentaba a favor de la adopción de la Ley Modelo que "...la misma ha pasado el tamiz crítico de decena de miles de legisladores de todas las culturas jurídicas, que han considerado que lo mejor que podían hacer es seguir los lineamientos, cuando no la letra exacta, de ese modelo de ley. Ha sufrido también el agudo escrutinio de centenares de miles de juristas, árbitros y abogados practicantes de todas las latitudes menos imaginadas, quienes – en general – la han juzgado como un formidable instrumento de regulación legal..." pues "Además de su legitimación de origen (...) tiene una probada "legitimidad de contenido"⁴²⁴.

Por su parte GRIGERA NAÓN sostenía que la adopción de la Ley Modelo traería algo como "el doble efecto de hacer más atractivos para partes extranjeras la

⁴²¹ Al menos en cuatro oportunidades: 1991, 1996, 1999 y 2001.

⁴²² CAIVANO, Roque, ob. cit., p. 63.

⁴²³ CAIVANO, Roque. La obsolescencia de la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 71, N° 2, Diciembre de 2011, p. 63/65.

⁴²⁴ Ídem, p. 73.

realización de arbitrajes en Argentina y disminuir obstáculos o desconfianzas que dificulten el reconocimiento y ejecución en el exterior de acuerdos arbitrales localizados en el territorio argentino”⁴²⁵.

Era, en definitiva, una normativa anhelada y la Argentina ha dado un paso trascendente⁴²⁶ en “orden a la armonización legislativa en esta materia, tanto a nivel internacional como nacional (...) poniendo fin (o comenzando a poner fin) a las incertezas a las que conducía un régimen previsto para arbitrajes domésticos que se revelaba, en ciertos casos, como inapropiado para responder a los desafíos que importa la introducción de la nota de internacionalidad, cuando no a poner en duda su aplicabilidad a los arbitrajes comerciales en los casos que dicha nota se encontrara presente”⁴²⁷.

En relación a los motivos de la concreción legisferante RIVERA responde que la razón “...no es otra que la extraordinaria expansión que tiene el arbitraje como medio de resolución de conflictos comerciales con ribetes internacionales”⁴²⁸.

El texto que finalmente terminará germinando reconoce, no obstante, adecuaciones que permiten emparentarla con el ordenamiento jurídico nacional⁴²⁹.

⁴²⁵ GRIGERA NAÓN. La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Derecho Argentino, Revista La Ley, 1989-A, 1021 y ss., cita online AR/DOC/10165/2001; citado por ALL Paula y RUBAJA Nieve, Habemus Ley de Arbitraje Comercial Internacional, La Ley, Año LXXXII Nº 164, p. 6.

⁴²⁶ ALL Paula y RUBAJA Nieve, ob. cit., p. 6.

⁴²⁷ IUD, Carolina. La regulación de las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, LL, Año LXXXII Nº 164, p. 13.

⁴²⁸ “Esa expansión se refleja de múltiples maneras: La Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de acuerdo a la información suministrada por la página web de UNCITRAL, tiene 159 Estados parte. En cuanto a la Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje Comercial Internacional, que es la seguida por la nueva ley argentina, ha sido promulgada en 80 Estados, implicando 111 jurisdicciones; pero esta información está desactualizada, porque a partir de la sanción por el Congreso argentino, cabe sumar un Estado y una jurisdicción. Pero además la República Oriental del Uruguay también ha sancionado y publicado su Ley de Arbitraje Comercial Internacional sobre la base de la Ley Modelo y no figura aún en el listado. Los centros de arbitraje internacionales administran cada vez más arbitrajes; así, la Corte de Arbitraje de la CCI en 2017 aprobó 512 laudos y designó o confirmó 1488 árbitros en el mismo año, que intervienen en arbitrajes con partes provenientes de 142 países. Centros de arbitraje menos conocidos por los abogados argentinos muestran también un crecimiento notable; entre ellos se suele destacar a los de Hong Kong y Singapur, que por su condición de enclaves comerciales y financieros muy activos son propicios para el desarrollo de los medios alternativos de resolución de conflictos. Los países del área tienen leyes de arbitraje; algunos siguiendo la Ley Modelo, como es el caso de Chile y ahora Uruguay; otros con legislaciones más originales pero que en definitiva consagran los principios propios del arbitraje, como sucede con Brasil y Perú. Y en todos ellos el arbitraje se viene potenciando como medio de resolución de conflictos comerciales”, RIVERA, Julio César, La Ley de Arbitraje Comercial Internacional, La Ley, Año LXXXII Nº 164, p. 2.

A lo largo de su articulado el legislador argentino ha abrevado en la referida fuente, recogiendo los principios ampliamente reconocidos en la materia en el concierto mercantil internacional.

Así, podemos repasar:

- La aplicación con carácter exclusivo de sus normas a los supuestos que caen bajo su ámbito⁴³⁰;
- Se limita su ámbito de aplicación a las controversias de carácter comercial, esto es, cualquier relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado o regida preponderantemente por él en el derecho argentino; la interpretación es en sentido amplio y, en caso de duda, debe juzgarse que se trata de una relación comercial, con algún punto de conexión internacional: 1) las partes del acuerdo de arbitraje tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o 2) el lugar del arbitraje o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tiene relación más estrecha se encuentren fuera del Estado donde las partes tienen su establecimiento⁴³¹;
- Se incluye el principio de que respecto a las cuestiones de competencia, serán los propios árbitros quienes decidirán sobre la misma, “incluso sobre las

⁴²⁹ Ley Nº 27.449, artículo 5, por ejemplo, en cuanto prescribe que “La presente ley no afectará a ninguna otra ley argentina en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente.” Asimismo, la ausencia de una prescripción similar a la contenida en el art. 3 inc. c) de la Ley Modelo CNUDMI, por el que se considera internacional el arbitraje cuando “...las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado...”. Esta disposición no fue incluida en el texto por considerarla incompatible con las reglas de derecho internacional privado que contiene el Código Civil y Comercial, por lo que no es de extrañar que no se haya incorporado este criterio en la ley local, ya que se lo ha cuestionado por permitir que las partes puedan determinar la internacionalidad del arbitraje sin ninguna razón aparente o contacto con el extranjero, por lo que existen países que lo receptaron y otros que no” COLQUICOCHA MARTÍNEZ, Miguel, ob. cit., p., 19. Por su parte, las previsiones del artículo 80 de la Ley nacional estipula que “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará **las reglas de derecho** que estime apropiadas” (el destacado me pertenece) en lugar de “la ley aplicable” que utiliza la Ley Modelo CNUDMI (art. 28.2), con lo que se amplía el abanico de posibilidades normativas al que puede acudir el tribunal.

⁴³⁰ Ley Nº 27.449, artículo 1 y 24, 2º párrafo.

⁴³¹ Ley Nº 27.449, artículo 1, 3 y 6.

excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”⁴³²;

- La separabilidad de la cláusula arbitral⁴³³ por la cual la nulidad del contrato no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula arbitral contenida en aquel;
- La igualdad de trato que debe garantizarse a las partes⁴³⁴;
- El reconocimiento de la autonomía de las partes en general y para delinear el procedimiento arbitral en particular⁴³⁵;
- Los efectos propios de la cláusula arbitral⁴³⁶;
- El acuerdo de arbitraje⁴³⁷ debe constar por escrito⁴³⁸;
- El establecimiento de la jurisdicción comercial ordinaria (no federal) para el ejercicio de las competencias atribuidas tanto a los jueces inferiores, como a la Alzada⁴³⁹; quienes intervendrán únicamente para los supuestos expresamente previstos⁴⁴⁰;
- Se prevé, en defecto de acuerdo, lo relativo al tribunal arbitral (número⁴⁴¹, nombramiento, procedimiento de selección, la colaboración judicial al respecto, deberes de los árbitros, motivos y procedimiento de recusación) ⁴⁴². Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros y el procedimiento para su designación. Si nada dicen, el tribunal arbitral se compondrá de tres árbitros nombrados conforme el procedimiento establecido en la Ley.
- Se regula pormenorizadamente la tutela cautelar en cabeza del tribunal arbitral (salvo acuerdo en contrario de las partes), alcances, requisitos,

⁴³² Ley N° 27.449, artículo 35, 1º párrafo.

⁴³³ Ley N° 27.449, artículo 35, 2º párrafo.

⁴³⁴ Ley N° 27.449, artículo 62.

⁴³⁵ Ley N° 27.449, artículo 24.

⁴³⁶ Ley N° 27.449, artículos 7, 8, 14, 19, 22, 29, 38, 42 y cc.

⁴³⁷ Definido como “...un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente” Ley N° 27.449, artículo 14.

⁴³⁸ Ley N° 27.449, artículo 15 ss. y cc. No admitiéndose, en consecuencia, que el mismo pueda formalizarse verbalmente (Ley Modelo CNUDMI, art. 7.3).

⁴³⁹ Ley N° 27.449, artículo 13.

⁴⁴⁰ Ley N° 27.449, artículo 12.

⁴⁴¹ Ley N° 27.449, artículo

⁴⁴² Ley N° 27.449, Título III.

trámite, reconocimiento y ejecución⁴⁴³; así como la posibilidad de su dictado por los jueces;

- En defecto de acuerdo de partes, se establecen los lineamientos que deben gobernar el trámite del arbitraje y las facultades ordenatorias e instructorias del tribunal arbitral, con la posibilidad de solicitar la colaboración de los jueces en este punto⁴⁴⁴;
- Los árbitros, salvo pacto en contrario, serán de derecho y deberán laudar por escrito; conforme las previsiones del contrato, los usos mercantiles y la ley sustancial aplicable elegida por las partes y, en su defecto, de acuerdo a las reglas de derecho aplicables al asunto. La decisión, en caso de más de más de un árbitro, debe adoptarse motivadamente y por mayoría⁴⁴⁵;
- El proceso arbitral puede concluir con el dictado del laudo definitivo, sobre un acuerdo de transacción, por la declaración de rebeldía del reclamante, por el acuerdo de las partes, por el retiro de la demanda arbitral, cuando a criterio del tribunal arbitral las actuaciones hubieran devenido innecesarias o de imposible prosecución⁴⁴⁶;
- La impugnación del laudo arbitral, ante el mismo órgano que lo pronuncia, reconoce como vías remediales a la corrección de un error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar⁴⁴⁷, la interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo⁴⁴⁸ y petición de nulidad⁴⁴⁹, esta última de competencia de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial⁴⁵⁰ de la sede del arbitraje y cuando se pruebe: 1) que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad o restricción a la capacidad, 2) que el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley argentina; 3) cuando la recurrente no ha sido debidamente notificada de la

⁴⁴³ Ley Nº 27.449, Título V.

⁴⁴⁴ Ley Nº 27.449, Título VI.

⁴⁴⁵ Ley Nº 27.449, Título VII.

⁴⁴⁶ Ley Nº 27.449, artículos 90, 91, 92 y cc.

⁴⁴⁷ Ley Nº 27.449, artículo 93.

⁴⁴⁸ Ley Nº 27.449, artículo 93, párrafo 2º.

⁴⁴⁹ Ley Nº 27.449, artículo 98 y ss.

⁴⁵⁰ Ley Nº 27.449, artículo 13.

designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; 4) cuando el laudo incurre en incongruencia, no obstante, "...si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas"; 5) que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de la ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a la misma ley; o cuando la Alzada compruebe que según la ley argentina, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público argentino⁴⁵¹. En cualquier caso, los recursos deberán cumplir los requisitos de suficiencia técnica y formal prevenidos para cada uno de ellos⁴⁵²;

- Se prescriben las normas conforme las cuales se reconocerán como vinculantes y, eventualmente, se ejecutarán, por el tribunal judicial competente, los laudos arbitrales, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado⁴⁵³. En su caso, obstará a ello la comprobación de alguna causa de aquellas que también habilitan al pedido de nulidad del laudo⁴⁵⁴. Se deroga en esta cuestión el artículo 519 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que regulaba la ejecución local de los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros⁴⁵⁵.

Retomando el tratamiento de las diferencias entre el modelo foráneo y la nacional, apunto las siguientes⁴⁵⁶:

- La del art. 3º de la Ley 27.449, donde se establecen los casos bajo los cuales un arbitraje será considerado internacional. Además de los dos supuestos del art. 1.3 incisos a) y b), la Ley Modelo CNUDMI agrega un tercer supuesto

⁴⁵¹ Ley Nº 27.449, artículo 99.

⁴⁵² Ley Nº 27.449, artículos 93, 95 y 100, para los supuestos de corrección, interpretación y nulidad, respectivamente.

⁴⁵³ Ley Nº 27.449, artículo 102 y ss.

⁴⁵⁴ Ley Nº 27.449, artículo 104.

⁴⁵⁵ Ley Nº 27.449, artículo 107.

⁴⁵⁶ COLQUICOCHA MARTÍNEZ, Miguel, ob. cit., p. 19/20.

que la Ley N° 27.449 no sigue, el cual permite asignar carácter internacional al arbitraje sólo por voluntad de las partes;

- La definición y forma escrita del acuerdo de arbitraje, que podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o formar un acuerdo independiente, que sigue la Ley 27.449 en su art. 14 abrevia aguas en la opción I de la Ley Modelo CNUDMI parcialmente. Así, el art. 15 de la Ley 27.449 dispone que “Se entenderá que un acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma”, no obstante se aparta de de su fuente al no considerar cumplido ese requisito en el supuesto en que sí lo hace la Ley Modelo: “...ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”;
- En lo relativo a la recepción de las comunicaciones escritas, a diferencia de la Ley Modelo CNUDMI, la Ley 27.449 agrega en el art. 9° que: “Las partes podrán convenir que se realicen notificaciones mediante comunicaciones electrónicas”;
- En cuanto a la constitución del tribunal arbitral, el art. 24 de la Ley nacional estipula que será nula toda cláusula que confiera a una parte una situación privilegiada sobre la designación de los árbitros;
- En el art. 28 de la Ley nacional, por el que se regulan los motivos de recusación de los árbitros, se agregan respecto de la Ley Modelo CNUDMI dos supuestos causales más, a saber: “...la actuación del árbitro o de miembros del estudio jurídico, consultora u organización equivalente a la que perteneciere aquel, en otro arbitraje o proceso judicial: “a) Como patrocinante o representante de una de las partes, independientemente de la cuestión en debate, o “b) Con la misma causa o con el mismo objeto, como patrocinante o representante de un tercero”;
- Dentro de los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución, la Ley 27.449 incorpora en el art. 104 el supuesto de que una de las partes en el acuerdo de arbitraje esté afectada por alguna “restricción a la capacidad”, en

consonancia con lo establecido por el Código Civil y Comercial argentino (art. 31 y ss.);

- El plazo previsto para interponer la petición de nulidad es otra diferencia de la Ley 27.449, que establece en su art. 100 que debe presentarse dentro del plazo de treinta días corridos desde la fecha de notificación del laudo o, en su caso, de la resolución del pedido de corrección, o interpretación del laudo, o de la notificación del laudo adicional. En cambio, la Ley Modelo CNUDMI prevé un plazo de tres meses contados a partir de los eventos descriptos anteriormente (art. 34.3). Esta disposición modifica sustancialmente la práctica actual, que contemplaba un breve plazo de cinco días (Art. 759 CPCCN).

Así reseñadas las partes principales del texto legal, digamos ahora siguiendo a CAIVANO que “Cuando las partes vinculadas por una relación jurídica han pactado el sometimiento a arbitraje, esperan básicamente tres cosas: que, surgida una controversia, el arbitraje pueda tener lugar y, por lo tanto, el conflicto no derive al Poder Judicial; que el procedimiento sea lo suficientemente flexible como para resultar eficiente; y que el laudo pueda ser ejecutado contra el perdedor en caso de incumplimiento”⁴⁵⁷ a lo que agregamos: con la menor injerencia posible del servicio jurisdiccional, a fin de no terminar distorsionando la herramienta arbitral.

Vemos entonces que la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina refleja, con sus soluciones, esas aspiraciones.

A mayor abundamiento, el escenario actual en el que tendrá anclaje la nueva legislación reconoce, como hemos repasado a lo largo del trabajo, la coexistencia de otros dispositivos legales que procuran fortalecer el desarrollo del arbitraje en la Argentina como medio de solución de controversias comerciales:

“...El CCCN en 2015, que por primera vez, contempló normas sobre arbitraje en un código de fondo y con alcance nacional. A ello, cabe adicionar la mención del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en regímenes especiales tales

⁴⁵⁷ CAIVANO, Roque, Control Judicial en el arbitraje, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 311.

como el Régimen de Energías Renovables (creado por el Decreto N° 882/2016) y el Régimen de los Contratos de Participación Público-Privada (creado por la Ley N° 27.328 y el Decreto N° 118/2017)”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ MARVAL, O’FARREL Y MAIRAL. Nueva Ley de Arbitraje Comercial en la Argentina, 2 Agosto de 2018, <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-en-la-argentina-13212>

Capítulo 9: Los Tribunales Arbitrales de Inversión

El escenario en la Unión Europea. La situación de los arbitrajes en los TBI intra UE. Hacia un tribunal arbitral multilateral de inversiones. Argentina. El arbitraje de inversiones y la lucha contra la corrupción. Síntesis comparativa entre los sistemas arbitrales de Perú, España y Argentina.

IX.5.7. Los Tribunales arbitrales de inversión.

El arbitraje de inversión “es un procedimiento para resolver disputas entre los inversores extranjeros y los Estados de acogida (también llamado **Solución de Controversias Inversionista-Estado** o **ISDS**). La posibilidad de que un inversor extranjero pueda demandar a un Estado de acogida es una garantía para el inversor extranjero que, en el caso de una disputa, tendrá acceso a los árbitros independientes y cualificados que van a resolver la controversia y dictar una sentencia ejecutable”⁴⁵⁹.

Los convenios celebrados entre los Estados en el afán de hacerse de capitales para hacer frente a sus necesidades y fines de gobierno han dado origen a los Acuerdos Internacionales de Inversión (IIA), los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI)⁴⁶⁰, Tratados de Libre Comercio (TLC) y

⁴⁵⁹ Introducción al arbitraje de inversión, <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/> “En efecto, el arbitraje internacional de inversiones, como se le conoce hoy día, es un mecanismo, de reciente data, aplicable a las inversiones extranjeras, en el marco del Derecho Internacional. Así, de mecanismos de solución de controversias entre Estados —basados, principalmente, en la figura de la protección diplomática— se pasó a un mecanismo arbitral de solución de controversias entre el inversor y el Estado. Para ese fin es creado, en 1965, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones —CIADI—, que entró en vigencia hace cincuenta años”, HERNÁNDEZ G., José Ignacio, El arbitraje internacional de inversiones desde el derecho administrativo global, Revista Foro Derecho Mercantil N°:53, OCT.-DIC./2016, p. 159. “Frente a la teoría tradicional de que sólo los Estados pueden ser sujetos del derecho internacional, los inversores sean persona física o jurídica adquieren personalidad en el derecho internacional económico. Entramos, pues, en un mundo jurídico donde las diferencias entre derecho privado o público se solapan, donde el derecho internacional y el doméstico se confunden y las personas públicas o privadas se colocan a nivel de igualdad procesal en un procedimiento de arbitraje internacional”, CREMADES, Bernardo M., El Arbitraje Internacional en la encrucijada de la crítica, trabajo presentado ante la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, en ocasión de haber sido elegido académico de número, en Revista de Arbitragem e mediação, San Pablo, v. 15, n. 57, p. 181–265, abr./jun., 2018.

⁴⁶⁰ “Desde fines del siglo XVIII, algunos países concluyeron tratados bilaterales de comercio, los cuales si bien no estaban exclusivamente dedicados a la inversión extranjera, contenían algunas disposiciones referidas a la adquisición de propiedad o al ejercicio de actividades económicas en el territorio de un Estado por nacionales de otro Estado. Los Estados Unidos, por ejemplo, celebraron acuerdos de este tipo, denominados de “Amistad, Comercio y Navegación”, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, con países europeos -la Argentina y los Estados Unidos firmaron un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación el 27 de julio de 1853-. Hasta la primera Guerra Mundial, el objetivo primordial de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; más tarde procuraron asimismo promover las inversiones norteamericanas en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas Partes (...) Más tarde, comenzó una nueva práctica en materia de tratados, los llamados tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones. La República Federal de Alemania, que dio el puntapié inicial con esta nueva práctica en 1959, seguía a la cabeza en 1991 con la conclusión de 77 tratados del género. Alemania fue paulatinamente seguida por otros países europeos hasta que, en la década del 70, la conclusión de estos convenios se convirtió en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de África y Asia. A partir de mediados

Acuerdos Multilaterales, consistentes en establecer un marco legal previsible que brinde seguridad jurídica para el tratamiento de los flujos de inversión entre dos – o más - naciones, mediante el cual se crean derechos para los inversores de ambos Estados, entre los que se encuentra como anticipara en el párrafo anterior, el de ocurrir al mecanismo arbitral internacional al tiempo de resolver las disputas que se susciten al amparo del TBI.

Según los datos de la UNCTAD, existen en la actualidad unos 2.363 tratados bilaterales de inversión (BIT) en vigor y 309 tratados de libre comercio con una cláusula de protección de inversiones. Del total de BIT existentes, aproximadamente unos 1.810 han sido suscritos por algún Estado miembro de la UE o por la propia Unión Europea, con un tercer Estado, incluyendo 9 con Estados Unidos. Por su parte, España tiene 79 BIT en vigor. Un 90% del total de estos acuerdos contiene algún tipo de mecanismo de gestión de controversias entre los inversores y los Estados del tipo ISDS⁴⁶¹.

En términos generales se concluye que en los IAA las relaciones negociales se regirán sobre la base de los siguientes aspectos principales⁴⁶²:

- Trato justo y equitativo conforme al derecho internacional;
- Trato nacional – los inversores extranjeros no deben ser tratados menos favorablemente que sus homólogos nacionales;

de los años 80, con la consagración del liberalismo político y económico, la red de instrumentos bilaterales se amplió a los países de Europa del Este y países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Venezuela y, desde hace muy poco tiempo, también Chile)”, FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A., Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras”, Revista de Relaciones Internacionales Nº 3, UNAM. “Desde mediados del decenio de 1980 la mayoría de los países en desarrollo se abrieron mucho más a la IED con miras a beneficiarse de las contribuciones al desarrollo que esa inversión, en particular la IED de alta calidad, puede aportar a los países receptores. A principios de la década de los noventa, las economías en transición se sumaron a esa tendencia. Ambos grupos de países, que en las décadas siguientes a la segunda guerra mundial tenían a menudo una actitud hostil o, en el mejor de los casos, desconfiada hacia las empresas transnacionales (ETN), empezaron a dejar de percibir a esas empresas como parte del problema para considerarlas cada vez en mayor medida parte de la solución, al aportar no sólo el capital que tanto necesitaban para estimular el crecimiento y desarrollo, sino también la tecnología, los conocimientos especializados y el acceso a los mercados exteriores y la creación de empleo” Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: “El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo”, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2009, p. 1.

⁴⁶¹ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

⁴⁶² UNCTAD, ob. cit., p 14.

- Trato de la nación más favorecida (NMF);
- Protección de los inversores extranjeros Garantías y compensación basadas en normas internacionales en caso de expropiación de propiedades extranjeras;
- Garantías de libre transferencia y repatriación del capital y los beneficios;
- En caso de diferencia acerca de una inversión, derecho del inversor extranjero a recurrir la medida del país receptor ante un tribunal de arbitraje internacional.

A su turno, señala UNCTAD⁴⁶³, estos acuerdos pueden contribuir a la coherencia, la transparencia, la previsibilidad y la estabilidad de los marcos de inversión de los países receptores de la siguiente manera:

- Los AII establecen obligaciones que son vinculantes para todas las autoridades del país receptor. Por ejemplo, todos los organismos que se ocupan de la IED tienen que cumplir el principio del trato justo y equitativo. Como resultado de ello, cabe esperar que actúen coherentemente con respecto a los inversores extranjeros.
- Los AII mejoran la transparencia porque las normas básicas de protección y trato de los inversores extranjeros están claramente expuestas en un documento que es jurídicamente vinculante. Esto se aplica también a la liberalización de la inversión, dado que los acuerdos incluyen listas de excepciones o reservas. Además, algunos AII más recientes comprenden también obligaciones específicas de las partes contratantes en materia de transparencia, por ejemplo acerca de la transparencia en el proceso nacional de reglamentación de los países receptores, permitiendo a los inversores y a otras partes interesadas participar en ese proceso (UNCTAD, 2007c, págs. 76 a 80).
- Los AII promueven también la previsibilidad y la estabilidad de las normas relativas a la inversión porque establecen obligaciones internacionales jurídicamente vinculantes de las que el país receptor no puede apartarse

⁴⁶³ UNCTAD, ob. cit., p. 24.

unilateralmente. También contribuyen a reforzar esta situación los procedimientos internacionales vinculantes de solución de diferencias entre los inversores y el Estado.

No es casual entonces que se describa *“El litigio en el derecho internacional de inversiones, donde corporaciones demandan a estados en base a tratados internacionales, es una de las áreas de mayor desarrollo en el derecho internacional en los últimos años. De acuerdo con las últimas cifras de UNCTAD, existen hasta el año 2018 un total de al menos 855 casos conocidos dentro del régimen internacional de inversiones (UNCTAD, 2018)”*⁴⁶⁴

a) El escenario en la Unión Europea

Describe PASCUAL VIVES que *“La práctica convencional de los Estados miembros de la UE, desarrollada hasta ahora casi exclusivamente de manera bilateral en el marco del Derecho internacional (DI) de las inversiones, viene reconociendo al arbitraje de inversión como el medio preferente para la solución de las controversias relativas a inversiones. Sin embargo, desde distintos ámbitos se aprecia cierta oposición o rechazo hacia el arbitraje de inversión en los últimos años. Unas críticas que merecen ser consideradas por la UE, a los efectos de diseñar la vertiente procesal de sus futuros acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones extranjeras”*⁴⁶⁵ (el destacado me pertenece).

Es que si bien el mecanismo arbitral tuvo un auge exponencial⁴⁶⁶, aquellas críticas de las que es objeto se han multiplicado también en proporcional medida.

No es extraño entonces que algunos Estados hayan sido la punta de lanza en la materia, revisando aquél consentimiento incondicional reconocido al arbitraje de

⁴⁶⁴ PRIETO, Gustavo. El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas, *Iuris Dictio* 22, 2018, .p 89.

⁴⁶⁵ PASCUAL VIVES, Francisco. El futuro de los arbitrajes de inversión en los Acuerdos Internacionales celebrados por la Unión Europea, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2017, p. 3.

⁴⁶⁶ “En los años setenta se registraron 9 arbitrajes de inversión; en los años ochenta el número se elevó a 16; en los años noventa se registraron 42 y, partir de ese momento (recuérdese que en el año 2001 comienzan las demandas contra Argentina, que suman un total de 59 en el momento de cerrar estas líneas), el número de arbitrajes y la litigación resultante de los mismos (recurso de anulación) aumenta considerablemente si tenemos en cuenta las cifras señaladas *infra* en la nota 15. Sólo en el año 2015, por ejemplo, se registraron más arbitrajes ante el CIADI (un total de 53) que en toda la década de los noventa.” Citado por PASCUAL VIVES, José, *ob. cit.*, p. 4. A la fecha de la redacción de estas líneas, según datos del CIADI, se han iniciado 730 casos en su ámbito, de los cuales se encuentran pendientes de resolución 268. <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>

inversión administrado o ad- hoc, para – incluso – denunciar los tratados que han sido su fuente⁴⁶⁷ o encaminándose hacia otras formas de composición⁴⁶⁸.

Ese escenario de resistencia que se observara primero en países emergentes ha terminado por expandirse a los países de la Unión Europea, producto de que la globalización económica y el intercambio de bienes y servicios no discierne –al menos en la gradación de antaño– entre países receptores de capitales y aquellos otros que los ofertan.

El panorama actual de los países del viejo continente muestra que todos, en mayor o menor medida, pueden potencialmente ser llevados a juicio arbitral por algún inversor descontento⁴⁶⁹, de allí que los puntos flacos del sistema arbitral de inversiones utilizado como primera vía de solución de conflictos fueran puestos bajo la lupa.

Pero nos preguntamos entonces ¿cuáles son los motivos por los cuáles el arbitraje internacional de inversiones viene perdiendo fuerza? Repasemos:

- El menoscabo a la soberanía estatal⁴⁷⁰;

⁴⁶⁷ “Brasil no tiene vigente ningún TBI ni es parte del CIADI, así como tampoco permite que su Estado sea demandado por particulares en tribunales internacionales. Ecuador ha conformado una comisión *ad hoc* a los fines de determinar si los TBI firmados en los noventa son contrarios a los intereses estratégicos ecuatorianos y, de ser así, estipulan denunciar los TBI. Bolivia es el Estado que más lejos ha ido en materia de generar un tratamiento a la IED distinto del otorgado en los TBI, con disposiciones como la nacionalización de los recursos naturales y primarios, el registro y autorización de la inversión, la igualdad de trato entre inversores extranjeros y nacionales, así como también la imposibilidad de demandar al Estado en instancias internacionales por cuestiones vinculadas a inversiones.” LORENCES, Martín, *Las doctrinas Calvo y Drago: Un verdadero aporte a la política y el derecho internacional latinoamericano*, ED Nº 13.750, Bs. As., 2015, p. 2. “

⁴⁶⁸ “En definitiva, esta posición es sensible a los más recientes desarrollos que se están produciendo en el DI de las inversiones, en particular, a la decisión tomada por una todavía minoría de Estados (como Australia, Brasil o Sudáfrica) consistente en prescindir del arbitraje de inversión en sus más recientes acuerdos comerciales y de inversiones, sustituyéndolo por otras alternativas basadas tanto en el derecho interno (creación de órganos administrativos que tutelen las inversiones o la promoción del recurso a la jurisdicción interna) como en hacer descansar la solución de estas controversias en el arbitraje interestatal”, PASCUAL VIVES, José, *ob. cit.*, p. 8.

⁴⁶⁹ En otras palabras, las empresas europeas ya no sólo son “clientes” del arbitraje de inversión, sino que en los últimos tiempos varios Estados miembros de la UE han pasado a engrosar la lista de Estados con más demandas recibidas. Sólo en el ámbito del CIADI, en 2015, se registraron 23 arbitrajes contra Estados miembros de la UE (trece de ellos contra España), de un total de 53 (el 43,4%). Por su parte, en 2016 se han registrado 14 (cuatro de ellos contra España) de un total de 44 arbitrajes de inversión (el 31,82%). Mientras que hasta el momento de cerrar estas líneas en 2017 se han registrado cinco (1 de ellos contra España), de un total de 17 arbitrajes (el 29,4%), PASCUAL VIVES, José, p. 11.

⁴⁷⁰ “..no hace falta mucha imaginación para darse cuenta de la importancia decisiva de la cláusula compromisoria para asegurar el “imperialismo” de las grandes empresas, respecto de quienes con ellas

- Las cláusulas de arbitraje supondrían una fuga del Derecho⁴⁷¹
- La desigualdad de trato entre nacionales y extranjeros a favor de estos últimos⁴⁷²;
- El sistema arbitral en sí mismo adolece de falta de coherencia y uniformidad en sus laudos, la falta de estricta imparcialidad en los árbitros y su excesiva discrecionalidad, la falta de un mecanismo de revisión arbitral⁴⁷³;
- El arbitraje de inversión no sería necesario en determinados casos y con ciertas contrapartes, en tanto que la práctica internacional contemporánea ofrece otros mecanismos de solución de las controversias jurisdiccionales (arbitraje interestatal o tribunales internos) y/o no jurisdiccionales (mediación o conciliación) que podrían reemplazarlo⁴⁷⁴;
- El hecho de ser sujetos pasivos (los Estados miembros de la UE) de demandas presentadas tanto por los inversores extranjeros (principalmente

tratan. Será la mejor arma, continuaba diciendo, para implantar y mantener el “neocapitalismo” en las antiguas colonias e incluso para la dominación económica en los países en trance de desarrollo, aún en los de la cuenca del Mediterráneo”, Federico de CASTRO Y BRAVO, *El arbitraje y la nueva 'lex mercatoria'*, Anuario de Derecho Civil, volumen 32, número 4, 1979, p. 698, citado por CREMADES, Bernardo, ob. cit., p. 8. No obstante, ese argumento es generalmente replicado en los siguientes términos “La jurisprudencia arbitral resolvió que el Estado, al firmar un contrato comercial, renunciaba a su inmunidad de jurisdicción. Lord WILBERFORCE lo expresó gráficamente al decir que “once a trader, always a trader”; si el Estado firmó acuerdos comerciales no puede luego, si ha admitido cláusulas arbitrales, defenderse arguyendo inmunidad”, CREMADES, Bernardo, ob. cit., p. 4.

⁴⁷¹ En contra se dice que “Por el arbitraje internacional no se busca la fuga del derecho, sino que éste recibe una elaboración y contenido bien distintos de los que está acostumbrado el jurista encerrado mentalmente en sus estrechas fronteras nacionales”, Bernardo M. CREMADES y David J.A. CAIRNS, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, págs 15 y ss., citado por CREMADES, Bernardo, ob. cit., p. 17/18.

⁴⁷² Se habla de plena protección y seguridad del inversor, igualdad de trato, trato no menos favorable que el dispensado a los nacionales del país receptor de la inversión o de otros tratados ratificados por el Estado en cuestión, no discriminación en la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y venta o liquidación de las inversiones, trato justo y equitativo o la llamada cláusula de nación más favorecida. CREMADES, Bernardo, ob. cit., p. 33.

⁴⁷³ “...reconocimiento de un acceso exclusivo a los inversores extranjeros, que excluye a las empresas nacionales; falta de recursos o de procedimientos de revisión de las decisiones adoptadas por los árbitros; composición ad hoc de los tribunales de arbitraje para cada caso; confidencialidad del proceso y de los resultados; extensión del impacto del mecanismo más allá del tradicional control de las expropiaciones o nacionalizaciones y su afectación, también, sobre el conjunto de decisiones o normas que puedan adoptar los poderes públicos”, GUZMÁN, Adoración, *ISDS o ICS Mecanismos bajo sospecha*, Guía práctica para entender los tratados de comercio e inversión: cómo las multinacionales planean apropiarse de tu futuro, FEC, Madrid, 2018, p. 51.

⁴⁷⁴ PASCUAL VIVES, José, ob. cit., p. 14.

norteamericanos) como por otros inversores europeos (en virtud de los APPRI intra-UE que todavía se mantienen en vigor o del TCE⁴⁷⁵;

- El impacto de los mecanismos de protección de la inversión sobre los derechos humanos⁴⁷⁶.

De la reseña realizada podemos ver que los achaques son de toda índole, concurriendo argumentos de tipo político, económico y jurídico⁴⁷⁷; los que también fueran sintetizados por la Comisión Europea y de la que me ocuparé más adelante⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ PASCUAL VIVES, José, ob. cit., p. 15. “El Reino de España es hoy uno de los clientes más importantes de estos centros de administración arbitral, tanto del CIADI (59) como de la Cámara de Comercio de Suecia o de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (PCA). Según los datos del Ministerio de Justicia en respuesta parlamentaria del 6 de noviembre 2017, los arbitrajes internacionales por las energías renovables pendientes en el CIADI son 27, en la Cámara de Comercio de Suecia 7 y en la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) 2. En total 36, cuya cuantía reclamada es de 7.565,8 millones de euros.” CREMADES, Bernardo, ob. cit., p. 38.

⁴⁷⁶ “Los derechos humanos son derechos de carácter objetivo que no pueden, por ello mismo, ser dejados de lado por acuerdo inter partes. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes encuentra límites en nociones tales como el interés público y las normas imperativas del derecho internacional que no pueden ser dejadas de lado por lo pactado entre Estados, mucho menos por lo que acuerde el Estado y una empresa en el contrato de concesión (...) Es por ello que, si el dilema es entre “derecho al agua” versus “derecho del inversor”, el CIADI no ha de ser un foro adecuado para dirimirlo, dado que como mecanismo de solución de controversias no ofrece un tratamiento equilibrado para resolver controversias que involucren derechos humanos fundamentales como el acceso al agua potable y saneamiento, a menos que sea posible aplicar una capacidad procesal pasiva hacia las ETN frente a las cortes regionales de derechos humanos –algo improbable en el corto plazo”, ECHAIDE, Javier, *Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2013, p. 6/7. “El derecho de inversiones y los derechos humanos comparten algunas características, en particular, el hecho de que son asimétricos por naturaleza, pues los dos otorgan a los individuos derechos y protección en contra de la injerencia del Estado, al tiempo que remiten prácticamente todas las obligaciones convencionales al Estado. Pero también tienen diferencias importantes que notar. Pocos tratados de derechos humanos proporcionan acceso a tribunales internacionales, y cuando lo hacen, el agotamiento de los recursos internos es una condición previa para presentar un reclamo. En cambio, en la mayoría de acuerdos internacionales de inversión (IIA- por sus siglas en inglés), el inversionista tiene, a menudo, acceso inmediato a la solución de controversias inversionista-Estado (ISDS- por sus siglas en inglés), generalmente bajo la forma de arbitraje, una verdadera “anomalía” en el contexto general del derecho internacional (...) Las cuestiones de derechos humanos han sido relativamente lentas en emerger en el derecho de inversiones. De hecho, en la mayoría de los IIA no se encuentra ninguna referencia explícita a los derechos humanos”, POLANCO LAZO, Rodrigo, *Arbitraje de inversiones y casos de Derechos Humanos en América Latina*. https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_polanco_cv_sp.pdf

⁴⁷⁷ PASCUAL VIVES, José, ob. cit., p. 10.

⁴⁷⁸ “En los últimos años, la inclusión de la solución de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) en los acuerdos de comercio e inversión ha ido estando cada vez más sometida a mayor control público y cuestionamiento. Diversos problemas se han considerado resultantes de la ISDS, que se basa en los principios del arbitraje. Entre ellos cabe señalar su falta, total o en parte, de legitimidad, coherencia y transparencia, así como la ausencia de posibilidad de control” Bruselas, 13/09/2017, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF

Como corolario de ello se abrió un espacio de consultas en el ámbito comunitario en ocasión de las negociaciones sobre el TTIP⁴⁷⁹ y el CETA⁴⁸⁰ que decantaron en un cambio de posición de la Comisión Europea acerca del mecanismo de resolución de controversias hasta aquí analizado.

Como parte de un mecanismo de resolución de controversias novedoso, denominado Investment Court System (ICS), el CETA establece un sistema conformado por miembros permanentes, de los cuales, se compondrán los tribunales específicos para dirimir en primera instancia las controversias surgidas de una inversión protegida por este Tratado⁴⁸¹.

A su turno, se ordena la creación de un Tribunal de Apelaciones, con competencia para revisar los laudos de los tribunales de primera instancia, para confirmarlos, modificarlos o revocarlos con causa en errores en la aplicación e interpretación de la ley aplicable; error manifiesto en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del derecho nacional relevante en la controversia.

⁴⁷⁹ “Transatlantic Trade and Investment Partnership” (TTIP) presentada por la Comisión Europea el 12 de noviembre de 2015. El Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP), que se empezó a negociar en julio de 2013, aspira a crear la mayor zona de libre comercio del mundo y sentar un referente mundial con la armonización de las regulaciones europea y estadounidense.

⁴⁸⁰ Para este trabajo se analiza el texto del “Comprehensive Economic and Trade Agreement” (CETA) de 29 de febrero de 2016. El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) aprobado este miércoles pero en negociaciones desde 2009 y firmado en 2016, implica a la Unión Europea y a Canadá.

⁴⁸¹ Capítulo XXIX, art. 29 y ss. El Comité Conjunto del CETA a la entrada en vigencia del Tratado nombrará a 15 miembros, de los cuales 5 serán nacionales de la Unión Europea, 5 de Canadá y 5 de terceras nacionalidades. Ellos, serán nombrados por períodos de cinco -y seis- años reelegibles por una sola vez; (ii) Las controversias específicas, serán inicialmente conocidas por un tribunal (3 miembros nombrados del grupo de los 15 miembros permanentes); (iii) Sin embargo, el convocante, podrá solicitar que la controversia sea conocida por un único miembro, cuando se trate de una reclamación de una pequeña o mediana empresa o cuando la compensación o indemnización que se reclama sea relativamente baja en cuanto al monto económico; (iv) El CETA da la flexibilidad para que el Comité Conjunto, aumente o disminuya el número de miembros elegibles para los tribunales de primera instancia, a condición que se conforme de un número impar de miembros. (v) El CETA remite varios asuntos logísticos y administrativos al Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID, por sus siglas en inglés), como por ejemplo, remite a los instrumentos Administrativos y Financieros del ICSID para la determinación de los honorarios de los miembros de los tribunales específicos de primera instancia por su conocimiento de las controversias específicas, delega en el ICSID la secretaría de los tribunales constituidos conforme al Tratado, y como quiera que se estima el pago de honorarios mensuales a todos los miembros, con el fin de garantizar su disponibilidad, estos pagos serán manejados en una cuenta administrada por el ICSID.

Por su parte reseña similares soluciones se prescriben en las reformas efectuadas por la Comisión Europea a algunas de las propuestas inicialmente realizadas en el TTIP⁴⁸² al ICS.

b) La situación de los arbitrajes en los TBI intra UE.

Como dijera al inicio de este acápite, las inversiones entre los Estados miembros de la comunidad europea han desarrollado sus relaciones mercantiles recíprocas por la vía de convenios bilaterales y, en ese marco, previsto como método de resolución de conflictos al arbitraje de inversiones.

Y que ha sido en el afán de reorganizar ese entramado que, reseñamos, la UE asumió la representación del grupo en sus vinculaciones con Estados Unidos y Canadá⁴⁸³.

Ahora bien, en lo que respecta estrictamente a los primeros, el escenario ha experimentado un giro copernicano.

En efecto, se ha discutido la legitimidad de los tribunales de inversión, objeción que sometiera a decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluyéndose que el mecanismo arbitral es “contrario al derecho de la Unión” (Asunto C-284/16)⁴⁸⁴. Se fundamentó que “*los Estados miembros parte de éste han*

⁴⁸² Artículos 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y 17; Anexos I y II de la Sección tercera del TTIP: “...con el objeto de hacerlo más transparente, vetar el acceso al arbitraje de inversiones a aquellas reclamaciones frívolas y crear un mecanismo arbitral de doble instancia que favorezca la creación de una verdadera jurisprudencia arbitral, esto es, de un cuerpo de decisiones más coherente y predecible” VIVES PASCUAL, José, ob. cit., p. 17.

⁴⁸³ “Cuando los Estados miembros le atribuyeron a la Unión Europea (UE) el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, a través del artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), le confiaron la tarea de desarrollar una política con terceros sujetos que supliera ordenada y progresivamente la enjundiosa actividad convencional acometida hasta entonces por aquellos, quienes han celebrado más de dos mil acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) en las últimas seis décadas (...) La relación pormenorizada de los 2011 acuerdos bilaterales –algunos de ellos ya han sido denunciados o todavía no están en vigor– es la siguiente: Alemania (155); Francia (115); Reino Unido (110); Países Bajos (107); Bélgica (106); Luxemburgo (105); Italia (104); Rumania (96); República Checa (92); España (86); Finlandia (82); Suecia (73); Bulgaria (71); Austria (69); Polonia (65); Eslovaquia (63); Hungría (61); Croacia y Portugal (60); Dinamarca (59); Lituania (55); Grecia y Letonia (46); Eslovenia (41); Estonia (30); Chipre (28); Malta (26); e Irlanda (0).” PASCUAL VIVES, Francisco, ob. cit., p. 2.

⁴⁸⁴ “los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este

establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho”.

La consecuencia más importante del precedente era la posible *comunicación* de sus efectos hacia todos los TBI intracomunitarios en vigor a la fecha del pronunciamiento⁴⁸⁵, lo que efectivamente terminó sucediendo al madurar la decisión de los países de la UE de rescindir todos los mecanismos de arbitraje a los que podían acogerse inversores amparados por aquellos pactos⁴⁸⁶.

La declaración de los Veintiocho⁴⁸⁷, avalada por la Comisión Europea, no solo cierra la puerta a que en el futuro sigan usándose estos mecanismos⁴⁸⁸, sino que también pretende dejar sin efecto los procedimientos en marcha⁴⁸⁹. Los países de la UE tan solo se comprometen a no impugnar acuerdos o laudos que ya no pueden ser anulados y se cumplieron antes de que se dictara la sentencia del Tribunal de Luxemburgo⁴⁹⁰.

En la Carta se memora que “Los Estados Miembros están obligados a proveer recursos suficientes para asegurar una efectiva protección legal de los derechos de los inversores bajo el derecho de la Unión. En particular, todo Estado Miembro debe asegurar que sus cortes o tribunales, bajo el significado del derecho

último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro”

⁴⁸⁵ Sentencia de fecha 06/03/2018. “La decisión puede servir de precedente para invalidar 196 acuerdos de protección a la inversión firmados entre países de la UE. España se juega más de 7.600 millones por reclamaciones de inversores.” SÁNCHEZ, Álvaro https://elpais.com/economia/2018/03/06/actualidad/1520355540_345183.html

⁴⁸⁶ https://elpais.com/economia/2019/01/17/actualidad/1547735841_760256.html

⁴⁸⁷ Declaración de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, del 15 de enero de 2019 acerca de las consecuencias legales del juzgamiento por parte de la Corte de Justicia en Achmea y en los tratados de inversión en la Unión Europea https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

⁴⁸⁸ “By the present declaration, Member States inform the investor community that no new intra-EU investment arbitration proceeding should be initiated”, conclusión 3º, *Ibidem*.

⁴⁸⁹ “In light of the Achmea judgment, Member States will terminate all bilateral investment treaties concluded between them by means of a plurilateral treaty or, where that is mutually recognised as more expedient, bilaterally”, declaración 5º, *Ibidem*.

⁴⁹⁰ <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/procesos-de-arbitraje-para-conflictos-en-la-union-europea-316782>

de la Unión, alcance los requerimientos de efectiva protección judicial”⁴⁹¹ lo que, como se sentenciara en *Achmea*, no puede predicarse de los tribunales arbitrales de inversión conforme han sido delineados hasta la fecha.

Por ello se estableció también que “A la luz de las conclusiones del Consejo ECOFIN del 11 de julio de 2017, los Estados Miembros y la Comisión intensificarán las discusiones sin demoras indebidas, con el objetivo de mejorar y asegurar una completa, fuerte y efectiva protección de las inversiones bajo la Unión Europea. Esas discusiones incluyen la evaluación de los procesos existentes y de los mecanismos de resolución de disputas, así como su necesidad y, si se determina la necesidad, los medios para la creación de uno nuevo o para mejorar las herramientas y mecanismos existentes relevados bajo la ley de la Unión.”⁴⁹².

A todo evento, “Los Estados Miembros asegurarán la protección legal efectiva conforme el segundo párrafo del Artículo 19 del TEU, bajo el control de la Corte de Justicia, contra las medidas adoptadas por los Estados que son objeto de procesos pendientes ante tribunales arbitrales de inversión intra-UE”⁴⁹³.

c) **Hacia un tribunal arbitral multilateral de inversiones**

El 13 de septiembre de 2017 se publicó la Recomendación de la Comisión Europea autorizando la apertura de negociaciones para una Convención que establezca el Tribunal Multilateral de Inversiones⁴⁹⁴, la que reconoce entre sus fuentes el Documento *Investment in TTIP and beyond – the path for reform*, del 5 de mayo de 2015.

La Exposición de Motivos prevé que: “Con la iniciativa de un tribunal multilateral de inversiones se aspira a **crear un marco de solución de diferencias internacionales en materia de inversiones que sea permanente, independiente y legítimo; previsible por su jurisprudencia reiterada; que permita apelar las**

⁴⁹¹ Idem nota 30.

⁴⁹² Ibidem.

⁴⁹³ “Member States will ensure effective legal protection pursuant to the second subparagraph of Article 19 TEU under the control of the Court of Justice against State measures that are the object of pending intra-EU investment arbitration proceedings”, declaración 6º, Ibidem.

⁴⁹⁴ https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF, COM (2017) 493 Final, Bruselas, 13/09/2017.

decisiones; eficaz en función de los costos; dotado de procedimientos transparentes y eficaces, y que posibilite la intervención de terceros (por ejemplo, organizaciones medioambientales o laborales interesadas). Debe garantizarse la independencia del tribunal mediante estrictos requisitos de ética y de imparcialidad, nombramientos no prorrogables, dedicación a tiempo completo de los árbitros y mecanismos independientes para su nombramiento⁴⁹⁵ (El destacado me pertenece).

Se considera que el nuevo mecanismo permitirá aliviar la carga administrativa relacionada con la solución de diferencias en materia de inversiones, centralizando todos los litigios en un único conjunto de normas de procedimiento, estando abierto a todos los países interesados, para los acuerdos de inversión presentes y futuros.

Pero lo que me parece más importante es que el futuro tribunal y todo su andamiaje –y más concretamente sus decisiones- debe ser respetuoso de los Derechos Humanos fundamentales y, en particular, el de ser garantía de acceso a justicia⁴⁹⁶.

Básicamente las negociaciones⁴⁹⁷ deben girar en torno a establecer que:

- El tribunal multilateral constará de un órgano de primera instancia y de uno de apelación. El órgano de apelación estará facultado para revisar las resoluciones dictadas por el de primera instancia en caso de errores de Derecho y de errores manifiestos en la apreciación de los hechos. Estará facultado para devolver asuntos al órgano de primera instancia para que finalice el procedimiento a la luz de las conclusiones del de apelación («devolución de la causa»).
- Debe garantizarse la independencia del tribunal. Los miembros del tribunal (tanto del órgano de primera instancia como del de apelación) cumplirán

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ Artículo 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴⁹⁷ COM (2017) 493 Final, 13/09/2017, Documento Adjunto. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_2&format=PDF

estrictos requisitos de cualificación y de imparcialidad. El Convenio contendrá normas en materia de ética y mecanismos de impugnación. Los miembros del tribunal recibirán una remuneración permanente. Serán nombrados por un período determinado y no renovable, y tendrán garantizada su inamovilidad e independencia. Serán nombrados mediante un proceso objetivo y transparente.

- Los procedimientos del tribunal multilateral serán transparentes y posibilitarán la intervención de terceros, de modo similar a las reglas y normas previstas en el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, o siguiéndolas.
- Las decisiones del tribunal multilateral deberán contar con un régimen de ejecución eficaz a escala internacional.
- Uno de los objetivos de las negociaciones ha de ser que la actuación del tribunal multilateral sea eficaz en función de los costos, y que se garantice el acceso al mismo de las pymes y las personas físicas.

Como podemos ver, la propuesta tiene como finalidad lograr un equilibrio entre la protección de las inversiones y la capacidad de los Estados para conseguir objetivos de interés general⁴⁹⁸.

En esa inteligencia CREMADES nos recuerda que *“Las facultades exorbitantes de las Administraciones públicas se mantienen, pero al mismo tiempo debe coordinarse con el “pacta sunt servanda” principio básico del Derecho Internacional”*⁴⁹⁹ por ende *“...ello no significa que los Estados hayan renunciado a sus facultades soberanas. Por los tratados internacionales han acordado soberanamente otras formas de solución de conflictos que no son las puramente judiciales. Se reservan facultades jurisdiccionales de apoyo y control de los procedimientos arbitrales para garantizar el adecuado uso de la autonomía de la voluntad dentro del marco legal establecido”*⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ RODRÍGUEZ VICENTE, Mario. ¿Es necesario un Tribunal Multilateral de Inversiones? Revista del ICE, Boletín Económico, Madrid, abril, 2017, p. 18.

⁴⁹⁹ CREMADES, Bernardo, ob. cit., p. 7.

⁵⁰⁰ CREMADES, Bernardo, ob. cit., p. 20.

d) Argentina.

Si bien durante el siglo XIX el panorama nacional (y de Latinoamérica) demuestra una postura reacia hacia el sometimiento del Estado argentino a tribunales extranjeros⁵⁰¹, es a partir del año 1989⁵⁰² cuando Argentina comenzó a negociar convenios de protección de inversiones, alcanzando a la fecha de estas líneas la rúbrica de cincuenta y ocho (58) TBI y otros tantos acuerdos comerciales como miembro integrante del MERCOSUR⁵⁰³.

Es de destacar entonces en esta materia la suscripción por parte de Argentina del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (EE.UU.) el 18/3/65⁵⁰⁴.

Los TBI de los que Argentina es parte participan de los rasgos característicos que más arriba apuntara, con sus particularidades, flexibilizaciones, condiciones y

⁵⁰¹ Durante el siglo XIX, se desarrollaron dos doctrinas que establecieron el punto de partida de una tradición jurídica basada en la defensa de las ventajas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones. La primera, denominada Doctrina Drago, aspiraba a prohibir la utilización de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los países de América Latina. La segunda, denominada Doctrina Calvo, sostenía que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la injerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los Tribunales internos del Estado territorial. Como resultado de esta doctrina diversos países de América Latina impusieron la llamada "Cláusula Calvo", aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, obligando a estos últimos a renunciar al recurso de protección. Cfr. LORENCES, Martín, ob. cit., p. 1. "En tiempos en que los países latinoamericanos en general, y la Argentina en particular, transitaban su etapa de consolidación como Estados-Nación, lo hacían atravesados por inestabilidades tanto económicas como institucionales. La injerencia de las potencias extranjeras en los asuntos internos de los Estados latinoamericanos era moneda corriente. El cobro compulsivo de deuda, ya sea mediante bloqueos navales a los puertos, intervenciones armadas, asalto a las aduanas, y presiones diplomáticas, configuraban parte de la batería de medidas abusivas por parte de los Estados exportadores de capital hacia los países de América Latina, a lo largo de todo el siglo XIX y comienzos del siglo XX".

⁵⁰² "Sin embargo, este abandono de los postulados de Carlos Calvo no fue realizado por todos los países latinoamericanos; Brasil no tiene vigente ningún TBI ni es parte del CIADI, así como tampoco permite que su Estado sea demandado por particulares en tribunales internacionales. Ecuador ha conformado una comisión ad hoc a los fines de determinar si los TBI firmados en los noventa son contrarios a los intereses estratégicos ecuatorianos y, de ser así, estipulan denunciar los TBI. Bolivia es el Estado que más lejos ha ido en materia de generar un tratamiento a la IED distinto del otorgado en los TBI, con disposiciones como la nacionalización de los recursos naturales y primarios, el registro y autorización de la inversión, la igualdad de trato entre inversores extranjeros y nacionales, así como también la imposibilidad de demandar al Estado en instancias internacionales por cuestiones vinculadas a inversiones", LORENCES, Martín, ob. cit., p. 2.

⁵⁰³ Sistema de informaciones sobre comercio exterior, OEA, http://www.sice.oas.org/ctyindex/arg/ARGBITS_s.asp

⁵⁰⁴ Ley Nº 24.353, sancionada el 28/07/1994, promulgada el 22/08/1994, B.O. 27.967.

modificaciones que obedecen a la necesidad de compatibilizarlos con nuestro ordenamiento jurídico, tradición o conveniencia política⁵⁰⁵.

Son, como lo destaca CRIVELLI⁵⁰⁶, normas de jerarquía superior a las leyes por mandato constitucional (art. 75 inc. 22).

Desde el plano subjetivo y objetivo, los TBI identifican quienes pueden ser considerados “inversores” y qué debe entenderse por “inversión”.

En lo relativo al primer tópico, pueden ser inversores tanto personas físicas como jurídicas pertenecientes al otro Estado parte⁵⁰⁷.

A su turno, las inversiones quedan amparadas en su más amplia significación⁵⁰⁸.

Sólo a título de ejemplo, tomo como fuente el Acuerdo suscrito con el Gobierno del Reino de Marruecos para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones⁵⁰⁹ que reza:

“A los fines del presente Acuerdo: 1. El término "Inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por un inversor de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, incluye en particular, **aunque no exclusivamente**:

⁵⁰⁵ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia, ob. cit., p. 2.

⁵⁰⁶ CRIVELLI, Julio César, ob. cit., p. 406.

⁵⁰⁷ “El establecimiento de criterios para la determinación de la pertenencia de unas y otras a uno de los dos Estados constituye sin duda uno de los problemas más difíciles de resolver, por enfrentarse conceptos y tradiciones jurídicas muy diferentes. La pertenencia de personas físicas a un Estado puede determinarse sobre la base de la nacionalidad o del domicilio; en el caso de las personas jurídicas puede tenerse en cuenta el lugar de su constitución o de su sede, o de ambas a la vez”, *Ibíd.*

⁵⁰⁸ El concepto de inversión receptado es sumamente amplio dado que comprende a "toda clase de bienes" o "todo elemento del activo", en especial aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades, aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual así como también las concesiones otorgadas por ley o por contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales”, *Ibíd.*, Cfr. CRIVELLI, Julio César, ob. cit., p. 406.

⁵⁰⁹ Art. 1, Ley N° 24.890, Sancionada: Noviembre 5 de 1997. Promulgada de Hecho: Diciembre 2 de 1997.

- a) los bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;
- b) las acciones y cualquier otro tipo de participación en les empresas;
- c) títulos de crédito y derechos a todas las prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;
- d) los derechos de propiedad intelectual, en especial derechos de autor, marcas, patentes, diseños industriales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;
- e) las concesiones de derecho público para la prospección, extracción o explotación de recursos naturales..." (el destacado me pertenece).

El mismo documento internacional define el concepto "inversor" en los términos que siguen:

"El término "inversor" designa:

- a) toda persona física que pasea la nacionalidad de una de las Partes Contratantes en virtud de su legislación y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante;
- b) toda persona jurídica constituida de conformidad con la legislación de una Parte Contratante que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante"⁵¹⁰.

Por su parte, la vigencia de los acuerdos generalmente se pactan en períodos renovables automáticamente, salvo que alguna de las partes no los denuncien siguiendo los rigorismos previstos. Aún en ese escenario, las inversiones realizadas

⁵¹⁰ Art. 2, Ley Nº 24.890, Sancionada: Noviembre 5 de 1997. Promulgada de Hecho: Diciembre 2 de 1997.
B.O.: 09/12/97.

antes de la expiración del convenio se verán protegidas por este si así se hubiera expresamente estipulado⁵¹¹.

Así se legisla en el acuerdo que tomamos de guía:

- 1) El presente Acuerdo entrará en vigor un mes después de la fecha en que las Partes Contratantes se notifiquen que han cumplido con los procedimientos constitucionales requeridos en sus respectivos países.
- 2) Este Acuerdo se celebra por un período inicial de diez años. Permanecerá en vigor después de este plazo, a menos de que una de las Partes Contratantes lo denuncie por la vía diplomática con un año de preaviso.
- 3) Las inversiones realizadas con anterioridad a la expiración del presente Acuerdo permanecerán sujetas a sus disposiciones por un período de diez años a partir de dicha expiración⁵¹².

En lo relativo a la solución de controversias se consigna la posibilidad, una vez agotadas las vías de autocomposición⁵¹³, de acceder al arbitraje internacional⁵¹⁴.

⁵¹¹ "En lo que respecta a su ámbito de aplicación temporal, cabe destacar que los convenios se aplican no solamente a inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor sino a aquellas efectuadas con anterioridad a la misma, lo cual parece ser la única solución posible desde el punto de vista práctico. No obstante, a fin de evitar que la aplicación de los acuerdos a las inversiones anteriores pueda ser interpretada como aplicación retroactiva de sus disposiciones, se aclara que los convenios no se aplican a las controversias, reclamos o diferendos que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor", Ídem cita al pie N° 8.

⁵¹² Art. 10, Ley N° 24.890, Sancionada: Noviembre 5 de 1997. Promulgada de Hecho: Diciembre 2 de 1997. B.O.: 09/12/97.

⁵¹³ La dimensión que la institución arbitral adquiere a partir de estos instrumentos explica la reticencia inicial argentina para consagrarla sin limitaciones. En los primeros convenios suscriptos por nuestro país, se intentó una solución de compromiso entre la obligación para el inversor de agotar los recursos internos y la admisión lisa y llana del arbitraje, inspirándose para ello en soluciones adoptadas por países vecinos (Ver convenios suscriptos por el Uruguay, entre otros con Suiza el 7.10.1988 y con Alemania el 4.5.1987). En estos primeros convenios, la Argentina no aceptó que el inversor recurriera directamente al arbitraje para resolver sus disputas contra el Estado sino que se le exigió, como condición previa, que las sometiera en primer término a los tribunales nacionales y las mantuviera en ellos durante un plazo mínimo de 18 meses. El Convenio suscripto con Francia el 3 de julio de 1991 significó en materia de solución de controversias un punto de inflexión comparable al que marcó el Convenio con Alemania en materia de transferencias. A través de aquél se modificó radicalmente el sistema hasta entonces aceptado por nuestro país al admitirse por primera vez la posibilidad de someter directamente la inversión al arbitraje. El nuevo sistema consagrado comporta para el inversor la posibilidad de optar desde un comienzo entre la jurisdicción nacional y el arbitraje internacional. Esta opción por una u otra vía es definitiva y precluye la posibilidad de utilizar toda otra alternativa", FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia, ob. cit., p. 6.

⁵¹⁴ "En la Argentina, la aceptación del arbitraje dista en realidad de constituir una novedad en su ordenamiento jurídico, el cual expresamente autoriza al Poder Ejecutivo a "someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de la Haya" (artículo 7 de la ley 20.548, B.O.9.11.1973,

Trátense de controversias entre los Estados parte o de disputas entre un inversor y un Estado receptor, los diferendos deben sortear una previa fase de consultas/ negociación amistosa y/o diplomática, agotadas infructuosamente esas vías y operado el término dentro del cual deben llevarse a cabo (generalmente 6 meses contados a partir del inicio de las negociaciones) se puede optar - de modo irrevocable - por ocurrir ante los estrados judiciales⁵¹⁵ del Estado receptor o bien, incoar el reclamo en sede arbitral. Vía única para el caso de que el conflicto se suscitare entre dos Estados contratantes.

Para el supuesto de resolución de disputas entre Estados contratantes, decía, la fase de heterocomposición se confía a tribunales arbitrales ad - hoc⁵¹⁶; mientras que para la el caso de optarse por la vía alternativa en hipótesis de conflicto inversor - Estado, el arbitraje será - por regla⁵¹⁷ - del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.). creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados"⁵¹⁸.

Se garantiza que el laudo arbitral (el que se debe ceñir a las disposiciones del Acuerdo en cuestión, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, en cuyo territorio se realizó la inversión, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares que hubieran sido concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia) será definitivo y obligatorio para

modificatoria de la ley permanente de presupuesto 11.672)". *Ibidem*. "Algunos (tratados) como el suscrito con Alemania y otros, tienen una cláusula de espera de dieciocho meses ante los tribunales locales, antes del recurso al Tribunal Arbitral. Debido a la mencionada cláusula de la nación más favorecida presente en todos los tratados y a la existencia de tratados que no tiene dicha espera de dieciocho meses, la disposición ha sido inaplicable en la práctica", Cfr. CRIVELLI, Julio César, *ob. cit.*, p. 407.

⁵¹⁵ Art. 9.2 a), Ley Nº 24.890, Sancionada: Noviembre 5 de 1997. Promulgada de Hecho: Diciembre 2 de 1997. B.O.: 09/12/97.

⁵¹⁶ Art. 8.2 Ley Nº 24.890, Sancionada: Noviembre 5 de 1997. Promulgada de Hecho: Diciembre 2 de 1997. B.O.: 09/12/97.

⁵¹⁷ Sin perjuicio de la posibilidad de someter el diferendo a un tribunal arbitral ad - hoc, conforme al Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), solución adoptada - por ejemplo - en el Acuerdo suscrito con el Gobierno del Reino de Tailandia, Ley Nº 25.532, sancionada el 27/11/2001, promulgada de hecho el 7/01/2002.

⁵¹⁸ Art. 9.2 b, Ley Nº 24.890, Sancionada: Noviembre 5 de 1997. Promulgada de Hecho: Diciembre 2 de 1997. B.O.: 09/12/97.

las partes, así como ejecutable en el Estado receptor conforme su legislación nacional.

En este punto, debemos recordar que Argentina es uno de los países más demandado ante el CIADI⁵¹⁹, casos que fueron perdidos en su abrumadora mayoría⁵²⁰ o negociados con pagos al demandante.

Del análisis de los TBI suscriptos por Argentina podemos reseñar que todos los inversores internacionales tienen, en definitiva, garantizado el acceso a un método de resolución de conflictos que se muestra mucho más eficiente, si de compararlo con la jurisdicción clásica de los tribunales de justicia se trata.

Esto último equivale a, contrario sensu, reconocer que los inversionistas nacionales se encuentran en una posición de franca desigualdad frente a aquellos otros – los foráneos –, obligados a discernir sus conflictos con causa en la inversión pública, ante una administración de justicia que no puede hacer frente a sus reclamos, al menos con un mínimo grado de eficacia⁵²¹.

e) El arbitraje de inversiones y la lucha contra la corrupción⁵²²

En las primeras líneas de este trabajo he reflejado cómo el flagelo de la corrupción es causa de grandes pérdidas económicas para los países que, como la

⁵¹⁹ Conforme base de datos del CIADI: Cincuenta y cuatro (54) causas históricas, cuarenta y cinco (45) cerradas y nueve (9) pendientes, <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx#>

⁵²⁰ En la excepción podemos ubicar el caso “Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia contra la Argentina” (Caso Ciadi Nº ARB/07/26), en el que se rechazó la demanda de los inversionistas.

⁵²¹ “Con relación a los contratistas nacionales, quedan sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa local, salvo que el licitante opte por el arbitraje. Aún en el caso en que exista en el pliego una cláusula arbitral con arbitraje local, se proyecta sobre él la sombra ominosa del art. 1.656 del Cód. Civil y Comercial, que abre el arbitraje a cualquier recurso, convirtiéndolo en una instancia más”. CRIVELLI, Julio César, ob. cit., p. 408.

⁵²² “El arbitraje no ha sido ajeno al devenir histórico y a las percepciones sociales. Hasta finales del siglo XX, los tribunales arbitrales adoptaron frente al fenómeno de la corrupción la misma posición pasiva que los demás operadores en el comercio internacional. Los árbitros consideraban que su actuación había de ceñirse estrictamente al derecho privado, centrándose solo en el contrato y en las alegaciones de las partes. El cometido del árbitro era resolver una disputa mercantil de conformidad con los términos acordados. La lucha contra la corrupción –se entendía– excedía de su misión, y las alegaciones de corrupción se dejaban a la exclusiva competencia de los jueces y fiscales nacionales en el orden penal”, FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, La lucha contra la corrupción desde el arbitraje, VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje, CEU ediciones, p. 11.

Argentina, necesita del flujo de capitales oriundos de todas las latitudes para tratar de capear sus vaivenes económicos y políticos⁵²³.

He resaltado cómo ello repercute negativamente en la visión de los potenciales fondos de inversión, toda vez que el amaño, la falta de certeza y seguridad jurídicas, la cada vez mayor degradación institucional y política, en definitiva el mayor riesgo país, se traducen en el desaliento de las inversiones económicas directas (IED) o bien, en el encarecimiento de los costos financieros⁵²⁴.

Sumado a ello, la falta de mecanismos eficientes de resolución de disputas.

En suma, una coyuntura menos competitiva y proclive a recibir menor caudal de inversiones y a un mayor precio que en los países vecinos.

Aquí me ocuparé de reseñar algunos precedentes recogidos de la experiencia internacional en los que el cauce del procedimiento arbitral sirvió para poner al descubierto casos en los que la corrupción fue principal protagonista. Va de suyo que no son abundantes los supuestos⁵²⁵, pero precedentes al fin y, en tanto tales, de factible seguimiento por tribunales arbitrales del CIADI así como tribunales ad hoc⁵²⁶.

⁵²³ “De acuerdo a la UNODC “cada año se paga un billón de dólares en sobornos y se calcula que se roban 2,6 billones de dólares anuales mediante la corrupción, suma que equivale a más del 5% del producto interior bruto mundial”. De otro lado, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo calcula que en los países en desarrollo se pierde, debido a la corrupción, una cantidad de dinero diez veces mayor que la dedicada a la asistencia pública para el desarrollo”, CERVANTES VALEREZCO, Andrés, La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, *Iuris Dictio* 22, 2018, p. 77.

⁵²⁴ “Este problema tiene especial relevancia en el caso latinoamericano puesto que el mercado de recursos extractivos (minería, petróleo, gas) es pieza fundamental de las economías de la región. Por ello, existe el derecho internacional un conjunto de instrumentos destinados a prevenir y combatir la corrupción”, CERVANTES VALEREZCO, Andrés, *ob. cit.*, p. 78.

⁵²⁵ Es evidente que la corrupción es un concepto extremadamente resbaladizo, que no sólo plantea problemas de definición a los abundantes textos internacionales precitados que pretenden luchar contra ella, sino que también genera abundantes dificultades en el plano arbitral-procedimental. En muchas ocasiones, las partes del arbitraje acuerdan tácitamente pasar de puntillas sobre el episodio de corrupción, ya que son ellas mismas las que están implicadas directamente en él. FACH GÓMEZ, Katia, *Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: La función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática*, Max Planck Institute For Comparative Public Law and International Law, N° 2017-23, p. 21.

⁵²⁶ En general en el derecho internacional, las decisiones previas de los tribunales no son, por sí mismas, consideradas como fuente de derecho, sino como un medio subsidiario para determinar el contenido de una norma existente (...)Sin embargo, la observación de los diferentes casos en el arbitraje internacional

Siguiendo a FACH GÓMEZ⁵²⁷, podemos sostener que conspiran contra el abordaje de la corrupción como *thema decidendum* en un arbitraje los siguientes extremos:

- La no introducción de la corrupción al debate;
- Su alegación y posterior retractación;
- La alegación del hecho pero sin sustento probatorio bastante que permita su verificación;
- La falta de herramientas técnicas por parte de los árbitros;
- La falta de pro actividad de los árbitros frente a indicios de corrupción.
- Los altos estándares de prueba que se exigen para su acreditación⁵²⁸.

En el otro extremo, entre los laudos arbitrales que sí han abordado el tópico, la autora que vengo siguiendo y la doctrina en general⁵²⁹ recogen “*un laudo de la Cámara de Comercio Internacional del año 1963, que ha devenido clásico. En él, el árbitro sueco Gunnar Lagergren optó por declarar su falta de competencia para dictar laudo, tras haber constatado que entre una empresa extranjera y un nacional argentino se había firmado un contrato con el objeto de que éste sobornase a funcionarios argentinos a fin de que la empresa extranjera obtuviese una importante contrapartida empresarial. Ante la reclamación del nacional argentino, quien no había recibido la retribución prometida por la empresa extranjera, el árbitro afirmó que “no puede negarse que existe un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas proclamando que los contratos que violan las buenas costumbres o el orden público internacional son inválidos o al menos no ejecutables y no pueden ser amonestados por tribunales o*

de inversiones muestra que las partes del sistema otorgan un valor especial a las decisiones anteriores. En otras palabras, no sólo los árbitros de inversión utilizan decisiones pasadas para determinar el incumplimiento de normas internacionales, sino que también los inversores y los mismos Estados demandados también hacen referencia específica a casos previos para construir sus argumentos.” PRIETO, Gustavo, ob. cit., p 90/91.

⁵²⁷ FACH GÓMEZ, Katia, ob. cit., pp. 22/23.

⁵²⁸ “...este fue históricamente el enfoque adoptado por varios tribunales arbitrales, como por ejemplo en el caso CCI Nº. 6401 (el caso Westinghouse), en el que el tribunal declaró que no había «prueba concluyente»¹⁹ de que hubiese mediado un pago corrupto al Presidente de Filipinas, Ferdinand Marcos”. FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 17.

⁵²⁹ El primer arbitraje relacionado con la corrupción, y probablemente uno de los más conocidos, fue el caso CCI Nº. 1110 de 1963, instruido por un árbitro único, el incorruptible juez sueco Gunnar Lagergren. FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 14.

árbitros. Esta corrupción es un mal internacional, es contraria a los buenos principios morales y a los principios de orden público compartidos por la comunidad de naciones” (el destacado me corresponde).

Participan de esta inteligencia el caso *Inceysa Vallisoletana v. República del Salvador*. Se denunció allí el fraude cometido por la empresa al falsificar datos al presentar los documentos requeridos en la licitación pública, lo que hizo concluir al tribunal arbitral su falta de jurisdicción, argumentándose que “...el demandante no puede gozar de los derechos que esa ley nacional de inversiones confiere, toda vez que su inversión no reviste la condición de legalidad necesaria para ubicarse dentro del alcance y la protección de esa ley”⁵³⁰.

A su turno, es dable citar el caso *Metal-Tech v. República de Uzbekistán*⁵³¹, cuyo laudo fue dictado a finales de 2013. En este el tribunal proclama también su falta de jurisdicción para conocer las reclamaciones y contra-reclamaciones planteadas por ambas partes, producto de comprobar que mediaron actos de corrupción en el contrato de inversión. Para ello asumió un rol activo en materia instructoria encargándose de “*buscar por sí mismo pruebas adicionales de la naturaleza y propósito*” de los pagos indebidos que se produjeron en este caso. Colectada la prueba, concluyó el tribunal que existió corrupción y afirmó que “la corrupción constituye una violación de las leyes de inversiones de Uzbekistán y ello a su vez implica que no se cumplía con la exigencia contenida en el artículo 1 del tratado bilateral Israel-Uzbekistán de que “las inversiones se hayan implementado en consonancia con las normas del país en cuyo territorio se realiza la inversión”⁵³².

⁵³⁰ FACH GÓMEZ, ob. cit., p. 24.

⁵³¹ El leading case es *Metal-Tech c. Uzbekistán*³⁸. *Metal-Tech* era un inversor israelí en Uzbekistán, que alegaba que su inversión había sido expropiada y que reclamaba una compensación bajo el APPRI entre Israel y Uzbekistán. El estado excepcionó que las inversiones habían sido promovidas mediante pagos corruptos a funcionarios, y que el tribunal por tanto carecía de jurisdicción para conocer de la controversia. En el curso del arbitraje, *Metal-Tech* reconoció haber pagado cuatro millones de Dólares (un 20% del importe del contrato) a tres asesores uzbekos. Los contratos de asesoramiento parecían ficticios, los pagos se habían realizado a cuentas suizas y a favor de empresas interpuestas; uno de los asesores era el jefe de gabinete del Presidente del Gobierno, el otro el hermano del Presidente y el inversor fue incapaz de probar la probidad de los servicios pagados, FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 26.

⁵³² FACH GÓMEZ, ob. cit., p. 25.

Vemos entonces cómo, frente a escenarios espurios, el recurso a la denominada “*cleans hands doctrine*”⁵³³ tiene como correlato la ausencia de laudo condenatorio, acepción amplia bajo la cual aplican soluciones como cuando “...*el tribunal arbitral declina su jurisdicción a consecuencia de la existencia de una obligación expresa del inversor de cumplir con la legalidad del Estado de acogida; a veces si la obligación referida es implícita la demanda se considera inadmisibile; y otras veces ante una obligación implícita de cumplir con el requisito de legalidad el tribunal analiza las alegaciones de “clean hands” en la fase de resolución (merits)*”⁵³⁴.

Un paso más adelante en tren de dar cabida a la corrupción como base argumental para rechazar planteos indemnizatorios, yendo al fondo del asunto⁵³⁵, lo podemos observar en el laudo dictado en *World Duty Free Co. Ltd. v. República de Kenia*⁵³⁶. Aquí el tribunal de CIADI aceptó la defensa de corrupción planteada Kenia y exoneró a éste de cualquier obligación indemnizatoria respecto del inversor

⁵³³ “...en el Derecho anglosajón, si bien se llega a un resultado análogo, la sanción se impone a través de una norma procesal: la doctrina de las *clean hands*, que priva de acción a toda persona con las «manos manchadas» –doctrina que se origina en un famoso caso de 1725, cuando un bandolero intentó demandar a un compañero de partida: *Everet v. Williams*, Ex. 1725, 9 L.Q. Rev. 197, más conocido como «The Highwayman Case». FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 16.

⁵³⁴ Dumberry, Patrick, “State of Confusion: The Doctrine of Clean Hands in Investment Arbitration After the *Yukos Award*”, *The Journal of World Investment and Trade*, 2016, vol. 17, pp. 229-259, esp. pp. 236-237, citado por FACH GÓMEZ, Katia, ob. cit., p. 26.

⁵³⁵ “Los tribunales distinguen entre corrupción al momento de la realización de la inversión, en contraposición de actos de corrupción durante el curso de la inversión. Los tribunales han concluido que corrupción en la realización de la inversión es una cuestión de jurisdicción/admisibilidad. En cambio, los tribunales han determinado que corrupción durante el curso de la inversión es una cuestión de fondo.” ORTA, David, *Corrupción en casos de arbitraje internacional*, XI Conferencia de Arbitraje Internacional, Quito, 2018, p. 19.

⁵³⁶ El Sr. Ali, presidente de *World Duty Free*, quería obtener la concesión de las tiendas libres de impuestos en Nairobi y Mombasa. Su socio keniano, el Sr. Sajjad, le recomendó que planteara la solicitud para obtener la concesión directamente ante el Presidente de Kenia, Su Excelencia Daniel Moi. Para ello, se desplazaron a la residencia oficial del Presidente, llevando consigo una cartera repleta con dos millones de Dólares en billetes, que entregaron al asistente personal del Presidente. Al salir, el asistente les devolvió la cartera. Los Dólares habían desaparecido, y la cartera estaba llena de granos de maíz. El Sr. Sajjad se mostró encantado: «Al Presidente le gusta tu propuesta –es una magnífica señal–». El Presidente Moi efectivamente ordenó que el contrato de las tiendas libres de impuestos se otorgara a *World Duty Free*. El contrato se firmó y la empresa invirtió una considerable suma de dinero en ejecutar su proyecto. Años después surgieron problemas en la ejecución del contrato y el Gobierno keniano lo canceló – de forma irregular según *World Duty Free*. El estado reaccionó declarando la nulidad del contrato en el momento en que se enteró de que había sido obtenido por medio de pagos corruptos. Seguidamente, *World Duty Free* inició un arbitraje contra el estado alegando incumplimiento del contrato, y pidiendo la devolución de las tiendas o una indemnización por un importe de 500 millones de dólares, FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 20/21.

extranjero, al considerar que el derecho aplicable declaraba inejecutable un contrato obtenido por conductas corruptas⁵³⁷.

En definitiva, de la reseña efectuada en apretada síntesis, puedo concluir que en el seno del procedimiento arbitral puede introducirse como un hecho a probar la corrupción⁵³⁸. Y que en ese iter los árbitros deberían poner en ejercicio –aún oficiosamente- todas las herramientas a su alcance en pos de coleccionar el mayor cúmulo de probanzas. Por último, de quedar verificado que medió corrupción en el caso a laudar, la respuesta debe ser por negar razón en derecho a las partes que hubieran participado de la corruptela⁵³⁹.

Con el fin de hacer que los árbitros busquen la corrupción y obligar a incluir soluciones nacionales anticorrupción, se ha propuesto:

1. La implementación de normas procesales de amplio margen de maniobra en la fase probatoria para el árbitro.
2. La designación de un perito que ayude a determinar la presencia de corrupción.
3. La prolongación de la fase probatoria para hacer posible probar la corrupción, esto debido al carácter expedito que caracteriza los juicios arbitrales.
4. La admisión de indicios en el análisis probatorio.
5. La adopción de decisiones tales como la admisión de procesos anticorrupción, la solicitud de una investigación a nivel estatal.

⁵³⁷ FACH GÓMEZ, Katia, ob. cit., p. 27.

⁵³⁸ “En los últimos meses se han planteado varios arbitrajes ante CIADI que, pese a reflejar muy diversos supuestos de hecho, todos tienen en común que sobre ellos planea la oscura sospecha de la corrupción (BSG v Guinea, MOL v Croacia, Nova v Rumanía, Omega v Panamá, etc.). Parece claro que la corrupción es ya una cuestión acuciante en el contexto de CIADI”, FACH GÓMEZ, Katia, ob. cit., p. 30.

⁵³⁹ “Hoy en día los actos de corrupción son unánimemente considerados como contrarios al orden público internacional. Y las legislaciones nacionales modernas tipifican la corrupción como delito, tanto para el que paga como para el que recibe, y despliegan sus efectos tanto en el sector público como en el privado”, FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 12. “En caso de constatar la existencia de un contrato que encubra conductas ilícitas de corrupción, corresponde al tribunal determinar los efectos civiles. Desde el prisma del derecho internacional, los contratos que esconden pagos corruptos devienen nulos por ser contrarios al orden público internacional”, FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 15. “Nadie pone en duda que los pagos corruptos provocan una violación flagrante del orden público internacional, con el resultado de que: el contrato es nulo, salvo que la parte in bonis prefiera convalidarlo; el contratante carece de acción y el inversor carece de legitimación activa”, FERNÁNDEZ – ARMESTO, Juan, ob. cit., p. 28.454.

6. La implementación del recurso de nulidad.
7. La inclusión en los tratados de cláusulas anticorrupción.

En definitiva todo lo hasta aquí analizado nos debe alertar que, como bien lo considera FUENTES "*no hay globalidad que valga sin localidad que sirva. En otras palabras, no hay participación global sana que no parte de gobernanza sana. Y la gobernanza local necesita sectores públicos y privados fuertes y renovados, conscientes de sus respectivas responsabilidades. Poner en orden la propia casa, construir una economía estable y un estado sólido capaz de ofrecer seguridad en todos los órdenes*"⁵⁴⁰.

IX.5.8. Síntesis comparativa entre los sistemas arbitrales de Perú, España y Argentina.

Si bien he reseñado separadamente el método arbitral de los países del epígrafe en acápite anteriores, en este numeral voy a circunscribir el estudio para comparar esa herramienta –entre sí y en líneas generales– para procurar extraer sus puntos comunes, reconociendo sus ventajas y puntos débiles.

Sin perjuicio de lo cual, desde el vamos tengo que resaltar -por ser el sistema más específico y pormenorizadamente reglamentado para el tema escogido en mi tesis- el arbitraje de Perú y su Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE)⁵⁴¹.

Por el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE (aprobado mediante Resolución Ministerial 789-2011-EF), las funciones del SNA-OSCE están encargadas a la Dirección de Arbitraje⁵⁴².

Entre las funciones principales se destacan la organización y administración de procesos arbitrales que tengan como objeto resolver las controversias que se presenten durante la ejecución de los contratos regidos por la Ley de Contrataciones

⁵⁴⁰ FUENTES, Carlos. "En esto creo", Seix Barral, México 2002, citado por CREMADES, ob. cit., p. 20.

⁵⁴¹ El Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) se constituye como un régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de carácter autónomo, especializado, rigiéndose por su propio reglamento que es aprobado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y, supletoriamente, por el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

⁵⁴² Ésta, a su vez, cuenta actualmente con el apoyo de dos unidades orgánicas que colaboran en sus tareas, tales como la Subdirección de Procesos Arbitrales y Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales.

del Estado y su Reglamento, que son celebrados entre una Entidad y un contratista; a su vez, la administración del Registro de Árbitros, la resolución de recusaciones, la instalación de tribunales arbitrales y a la par de la política de estado que fomenta la inclusión social, la de promover eficazmente la descentralización de los servicios a su cargo⁵⁴³.

Las fortalezas del sistema se construyen a partir de sus principios rectores⁵⁴⁴:

- a) La preservación de la independencia que caracteriza y es inherente a todo método de prevención, gestión y solución de conflictos.
- b) Que los recursos humanos que representan al sistema (conciliadores, árbitros, órganos y personal del SNCA-CONSUCODE) actuarán con ética y transparencia en el ejercicio de sus funciones, siendo neutrales e imparciales⁵⁴⁵.
- c) La garantía del trato igualitario hacia las partes en los procedimientos de conciliación y arbitraje por los conciliadores, árbitros, órganos y personal del SNCA-CONSUCODE.
- d) Que las decisiones se adoptan de manera independiente, motivadamente y como resultado de la necesaria deliberación, conforme la naturaleza de cada método de prevención, gestión y solución de conflictos.

No es casual el desarrollo que tiene el arbitraje en general -y en materia de contratación pública en particular- en Perú.

Considero que ello obedece a que la norma de mayor jerarquía de aquél país habilita recurrir a dicha vía⁵⁴⁶, estableciendo en lo más alto de su pirámide jurídica una línea clara en ese sentido; la otra peculiaridad es que el Estado es considerado y

⁵⁴³ <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/content/sna-osce>

⁵⁴⁴ Artículo 3, R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje

⁵⁴⁵ Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, Resolución N° 028-2016-OSCE/PRE, publicado el 15 de enero de 2016 en Normas Legales del diario oficial El Peruano, de aplicación a los arbitrajes administrados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), a los arbitrajes ad hoc y, supletoriamente, a los arbitrajes administrados por las instituciones arbitrales que no tengan código de ética o que, teniéndolo, no prevean el régimen de infracciones que puedan ser cometidas por los árbitros, o no establezcan las sanciones aplicables para dichas conductas infractoras. <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Codigo%20de%20Etica%2012%20de%20enero.doc>

⁵⁴⁶ Artículo 63º, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú de 1993.

tratado en igualdad de condiciones que el contratista o contraparte en estas lides, equilibrando fuerzas y limitando las exorbitantes prerrogativas de la administración que suelen ser costumbre en todas las latitudes.

Tan claro tiene el legislador que el mecanismo más perfectible en esta materia es el arbitraje que lo prevé con carácter obligatorio⁵⁴⁷. Se establece que “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral” con lo que se fortalece aún más la seguridad jurídica en los conflictos con elementos extranjerizantes.

A partir de esas premisas, los órganos competentes han delineado un sistema que reconoce un vasto campo de actuación, dados por su ámbito de aplicación objetiva⁵⁴⁸ y la legitimación subjetiva diseminada bajo el término genérico de Entidades⁵⁴⁹ o Estado Peruano⁵⁵⁰; en el que la celeridad se procura por imperio de la flexibilidad (pues la subsidiariedad de la reglamentación es la regla, en defecto de acuerdo de partes) y estandarización⁵⁵¹ procedimental, sancionando abusos⁵⁵², estructurando un proceso por audiencias (oralidad actuada)⁵⁵³, con plazos acotados, las notificaciones por los más diversos medios, incluso electrónicos⁵⁵⁴, y la limitación recursiva⁵⁵⁵; la tutela efectiva se garantiza mediante la bilateralidad⁵⁵⁶,

⁵⁴⁷ “Desde entonces, el Perú ha experimentado un explosivo desarrollo en materia arbitral, sin precedentes en la región, que nos ha convertido en una de las plazas arbitrales más importantes a nivel mundial, como lo reconocen importantes académicos en la materia. La implantación del Arbitraje obligatorio en materia de Contrataciones del Estado ha sido, sin duda alguna, uno de los detonantes de esa explosión, pues ha generado para el arbitraje un mercado “cautivo” constituido por las controversias que anualmente se generan en más de 100,000 transacciones a través de las cuales el Estado contrata la adquisición de bienes, la prestación de servicios, la consultoría y ejecución de obras, bajo el marco normativo de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento”, CORRALES, Antonio, Al día, Revista Institucional del OSCE, N° 3, Noviembre de 2014, p. 1.

⁵⁴⁸ Artículo 45° de la Ley N° 30225, art. 1 inc. 1) del DL. 1071 y art. 16 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁴⁹ Artículo 3° de la Ley N° 30225.

⁵⁵⁰ Artículo 4 inc. 1) del DL. 1071.

⁵⁵¹ Artículo 23 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁵² Artículo 40 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁵³ Artículos 42 y ss. R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁵⁴ Artículo 20 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁵⁵ Artículos 55, 61 y 62 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

igualdad entre las partes, independencia⁵⁵⁷ e imparcialidad⁵⁵⁸ del órgano decisor con poderes ordenatorios⁵⁵⁹ e instructorios⁵⁶⁰, el laudo que debe ser de derecho y adoptado –al menos– por mayoría de votos concurrentes en caso de Tribunal compuesto por tres (3) árbitros⁵⁶¹ y debidamente motivado⁵⁶², con la posibilidad de su revisión jurisdiccional mediante el recurso de anulación⁵⁶³, puede ser ejecutado por el mismo emisor, salvo requerimiento de auxilio jurisdiccional⁵⁶⁴; asimismo, su efectividad se protege mediante un sistema cautelar con facultades del órgano para dictar y ejecutar sus propias medidas cautelares, salvo en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública, ocasión en que se solicitará intervención al juez competente, así como la de modificar, sustituir y dejar sin efecto así como las medidas cautelares firmes dictadas por la autoridad judicial antes del inicio del proceso arbitral⁵⁶⁵.

El SNA-OSCE, se proclama desde su portal web, “...es único en su género, y de acuerdo al volumen de procesos arbitrales que tiene a su cargo anualmente, se perfila frente a las instituciones privadas que brindan servicios similares como la más importante y con mayor experiencia en el mercado de servicios arbitrales en materia de contratación con el Estado, no obstante, lo cual dichos servicios son actualmente brindados con la celeridad y celo técnico que nuestra importante función amerita”.

“Pero se requiere más transparencia en el uso de esta herramienta, teniendo en cuenta las potencialidades del Perú para afianzarse como sede importante del

⁵⁵⁶ Artículos 25, 26 y cc. R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁵⁷ Artículos 17, 28, 35, 37 y ss., R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁵⁸ Artículo 31 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁵⁹ Artículo 50, 51 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁶⁰ Artículo 46 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁶¹ Artículo 56 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁶² Artículo 57 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁶³ Artículo 63 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁶⁴ Artículo 62, 2º párrafo, R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

⁵⁶⁵ Artículo 53 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje.

arbitraje”, se reclama⁵⁶⁶. “Con más transparencia y menos confidencialidad se puede evitar que esta sea utilizada indebidamente para cometer delitos”⁵⁶⁷.

En la misma línea de pensamiento VIDAL RAMÍREZ, en ocasión del desarrollo de la I Jornada de Arbitraje con el Estado (Perú, 2013) consultado acerca de ¿cuáles son las principales fortalezas y las principales debilidades que puede identificar en nuestro sistema arbitral vigente? Manifestó que:

“El árbitro debe ser una persona idónea, si no es especialista al menos debe tener conocimiento del tema a debatir y no ser un improvisado. Las partes al escoger a los árbitros, deben tener en cuenta su especialidad y trayectoria, pues la honestidad es imprescindible tanto en el árbitro como en el abogado que defiende. El merecimiento para ser designado árbitro o para que se confíe la defensa está determinado por el prestigio del abogado y su trayectoria profesional. El sistema arbitral es un buen sistema pero debe ser preservado de los vicios y corruptelas que tanto daño le hacen a la jurisdicción ordinaria” ⁵⁶⁸(el destacado me pertenece).

Frente a esa demanda el OSCE ha diseñado, por un lado, el “Registro Nacional de Árbitros y Secretarios Arbitrales”; y a su vez, una herramienta denominada “Récord Arbitral” a fin de dotar de mayor transparencia al Arbitraje en Contrataciones con el Estado, que permite identificar, a través del nombre del árbitro o su número de RUC, el listado de designaciones, instalaciones y recusaciones en las que ha participado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. De esta manera, el Listado de Designaciones y Recusaciones respecto del árbitro incluye el número de Expediente, la Entidad, el Contratista y el número de resolución a través de la cual se efectuó la designación o se resolvió la recusación formulada. El Listado de Instalaciones respecto del árbitro contiene información sobre el Expediente, Contratista, Entidad, Fecha de Acta de Instalación y Secretaría Arbitral⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ <https://elperuano.pe/noticia-arbitraje-debe-ser-transparente-73430.aspx>

⁵⁶⁷ *Íbidem*.

⁵⁶⁸ I Jornada de Arbitraje con el Estado, Perú, 2013.

⁵⁶⁹ <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/record-arbitral-de-osce>

Asimismo, se creó un “Banco de Laudos” en cuyo buscador electrónico se puede acceder a la información sistematizada de los laudos en materia de Contrataciones del Estado⁵⁷⁰ y un “Registro de Laudos” de aquellos que han sido remitidos al OSCE por Tribunales Arbitrales AD HOC y otras Instituciones Arbitrales⁵⁷¹, a efectos de dar cumplimiento a lo prescrito por el art. 24 R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje⁵⁷².

Por su parte, cuando traté el régimen español de arbitraje resalté también su raíz constitucional⁵⁷³ y mencioné las normas que en España se sucedieron sobre el tópico.

La conclusión fue que España también admite el Arbitraje para supuestos de conflictos del Estado, aunque lo hace tímidamente restringiendo únicamente ésta vía a los “entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas⁵⁷⁴.

No obstante, coincidí con GARCÍA PÉREZ que “El análisis de la legislación vigente arroja un dato importante: no se ha regulado el régimen jurídico del arbitraje en Derecho Administrativo. A lo sumo, algunas disposiciones legales reconocen expresamente la posibilidad de arbitraje sobre determinadas materias y

⁵⁷⁰ El buscador no solicita contraseñas y permite al público en general conocer el tipo de arbitraje realizado, la fecha de emisión del laudo, las partes implicadas, el proceso de selección, el monto de condena cuantificable, la materia controvertida, la institución que realizó el arbitraje, el plazo del proceso, entre otros. <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/laudos>

⁵⁷¹ <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/arbitraje1.asp>

⁵⁷² Artículo 24. Reserva. Durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, las partes, los árbitros y el personal de la Secretaría del SNCA-CONSUCODE así como los miembros del Colegio de Arbitraje Administrativo del SNCACONSUCODE, se encuentran obligados a guardar reserva sobre todos los asuntos e información relacionados con el proceso arbitral. La obligación de mantener reserva se extiende a los peritos, testigos, traductores y demás intervinientes circunstanciales durante y después de las actuaciones arbitrales, inclusive con posterioridad a la emisión del laudo. Una vez expedido el laudo, la Secretaría del SNCACONSUCODE se encuentra facultada para sistematizar y estructurar criterios jurisprudenciales sobre la base de los laudos expedidos y, en su caso, disponer se publiquen extractos o la integridad de los mismos.

⁵⁷³ Carta Magna de 1812, art. 280: No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

⁵⁷⁴ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, refiere en el acápite relativo a las Disposiciones Finales, Disposición adicional primera, Contratación en el extranjero, que: “En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.”

regulan algún que otro requisito procedimental inexcusable, pero no existe regulación general que aborde el procedimiento arbitral, los árbitros, el tipo de arbitraje o la validez y eficacia del laudo arbitral”⁵⁷⁵.

Y la luz de tal escenario⁵⁷⁶, se pregunta la autora citada si existe en el ordenamiento jurídico español habilitación legal genérica para someter a arbitraje las controversias jurídico-públicas. Discriminando posiciones a favor, con apoyo en las prescripciones de la Ley de Arbitraje⁵⁷⁷ y en contra⁵⁷⁸.

En cualquier caso y en lo que aquí interesa, conviene repasar las líneas matrices de la Ley de Arbitraje para destacar las disposiciones que podrían tener

⁵⁷⁵ GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 59.

⁵⁷⁶ Sin resolver los conflictos internos que tengan la consideración de «controversias jurídicas relevantes» entre la Administración General del Estado y los organismos públicos regulados en el Título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos entes sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias. Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquéllas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias”, CEDEÑO HERNÁN, Marina, La reforma de la Legislación Arbitral por la Ley 11/2011 y la Ley Orgánica 5/2011 Foro, Nueva época, núm. 13/2011: 235-238. Se advierte que “no estamos ante un auténtico arbitraje, sino ante una simple comisión de resolución de conflictos que viene a sustituir al recurso de alzada impropio, en el que los conflictos entre órganos sometidos al ministerio de tutela, son resueltos por el superior jerárquico. En cualquier caso, este nuevo sistema de resolución de conflictos, además de quedar aplazada su aplicación hasta la publicación del correspondiente reglamento, carece de utilidad práctica para los ciudadanos, que siguen reclamando que se implementen las necesarias medidas legislativas para hacer efectivas las previsiones contenidas en los artículos 87 y 107.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, que preveían la sustitución del recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, por procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas; pero es el caso, que después de casi 20 años, esta previsión continúa sin implementarse, a pesar de que la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/1999, daba un plazo de 18 meses al Gobierno, para remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley que regulase los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición”, MERCHÁN, José, Comentarios a la Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

⁵⁷⁷ “El argumento principal es de carácter negativo, el legislador pudo hacer exclusiones expresas en cuanto a su ámbito de aplicación y no lo hizo. Además, el propio dato del *nomen* de esta Ley (y de la inmediata anterior de 1988) favorece esta interpretación, si se tiene en cuenta que una ley precedente de 1953 se refería expresamente al arbitraje “privado” en su propio título. Incluso del análisis de la Ley, se deduce una amplia coincidencia de fuentes y principios que hacen posible la utilización de la ley vigente”, GARCÍA PÉREZ Marta, ob. cit., p. 64

⁵⁷⁸ “En contra se sostiene que la Ley de Arbitraje no puede aplicarse a las relaciones jurídico-públicas, al menos sin importantes matices (...) Para otros la norma es simplemente inadecuada porque no está pensada para el arbitraje de Derecho público”, Ídem, p. 65.

cabida en un sistema en el que el Estado comprometiera sus conflictos y, eventualmente, cómo podría ella mejorarse para dicha adaptación.

En esa faena seguimos el esquema que propone GARCÍA PÉREZ, pensando que el arbitraje para cuestiones jurídico públicas debiera estructurarse:

- Definiendo su naturaleza jurídica cuasi jurisdiccional y de voluntario (al menos para el contratista);
- Su ámbito de aplicación objetivo debiera recortar lo que se entiende por “materia de libre disposición”⁵⁷⁹ en el terreno jurídico-público, estableciendo un elenco de supuestos específicos que podrán ser objeto de arbitraje⁵⁸⁰;
- El arbitraje debe ser de derecho⁵⁸¹;
- Los árbitros deben poseer especialización en la materia *iuspublicista*⁵⁸² y ser independientes e imparciales⁵⁸³;
- Las ventajas de un sistema de arbitraje institucional aconsejan su prevalencia sobre el arbitraje ad- hoc en este ámbito⁵⁸⁴;

⁵⁷⁹ Artículo 2 Ley 60/2003.

⁵⁸⁰ “Esta fue la opción escogida por los redactores del fallido Anteproyecto de Ley de Arbitraje Administrativo de 2001, que establecía un elenco de materias susceptibles de arbitraje: - la ejecución e interpretación de los contratos de las Administraciones públicas; la aplicación de los convenios celebrados entre las Administraciones públicas y personas privadas, físicas o jurídicas, excluidos del ámbito de aplicación de la legislación contractual; la determinación de la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; la determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo; y cualquier actuación que ponga fin a un procedimiento administrativo que, de acuerdo a su normativa reguladora, pueda finalizar mediante convenio con los interesados en las condiciones previstas en el artículo 88 de la Ley 30/1992, con independencia de que se produzca o no la terminación convencional”, GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., pp. 67/68.

⁵⁸¹ Siguiendo la regla del artículo 34.1 de la Ley 60/2003. “Detrás de todas estas consideraciones se vislumbra el peso del principio de legalidad y la resistencia – comprensible – a someter las controversias en las que esté implicada la Administración Pública a decisiones no basadas estrictamente en el Derecho”. Ídem, p. 70.

⁵⁸² Siguiendo la regla del artículo 15.1 de la Ley 60/2003, como mínimo. “Algunos autores incluso ven en la especialización una de las principales armas de defensa del sistema arbitral, por contraposición a la dificultad que tienen en la actualidad los jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo para conocer de la complejidad de los asuntos que llegan a sus manos”.

⁵⁸³ Siguiendo la regla del artículo 17 de la Ley 60/2003.

⁵⁸⁴ “...la estabilidad del órgano arbitral es esencial en el arbitraje administrativo, que aconsejaría que los posibles árbitros integren, de algún modo, círculos especializados de personas previamente determinadas, para cada sector o materia, y que también existan específicos y rápidos mecanismos de designación de los mismos”. ROSA MORENO, citado por GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 74, “El arbitraje institucional conlleva ventajas interesantes. La entidad administradora del arbitraje dispone de una organización profesional y conoce del fenómeno arbitral (...) además su reglamento suele funcionar bien, porque ha sido perfeccionado

- El procedimiento debe mantener su esencia de celeridad y flexibilidad, haciendo pie en la autonomía de la voluntad para su dibujo⁵⁸⁵, garantizándose el debido proceso y la igualdad real de armas de las partes⁵⁸⁶;
- Debe ampliarse la competencia de las autoridades públicas para autorizar el sometimiento del conflicto al arbitraje⁵⁸⁷;
- Debe garantizarse la tutela cautelar⁵⁸⁸;
- Deben regularse los efectos procesales del inicio del procedimiento arbitral⁵⁸⁹;
- El laudo debe ser motivado, por escrito, y pronunciado en un plazo razonable⁵⁹⁰;
- La limitación recursiva debe ser la regla⁵⁹¹, pudiéndose atacar el laudo definitivo sólo por vía de anulación o revisión⁵⁹²;
- Debe garantizarse la ejecución forzosa del laudo⁵⁹³;
- Debe flexibilizarse el principio de la confidencialidad⁵⁹⁴;
- Debe mantenerse la interferencia jurisdiccional en sus justos límites⁵⁹⁵;

con el tiempo y la experiencia; por otro lado, la institución arbitral proporciona servicios administrativos de apoyo que suelen ser útiles y ahorra tiempos a los contendientes”, GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 75.

⁵⁸⁵ “Debe aplicarse al arbitraje de Derecho administrativo la flexibilidad que permite la Ley de Arbitraje (se refiere a la de 1988) en la que el arbitraje se confecciona como un “traje a medida” de los intereses de las partes”, MARESCA GABOT, citada por GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 84.

⁵⁸⁶ Siguiendo la regla del artículo 24 de la Ley 60/2003. “Las reglas relativas a plazos, los medios de notificación, la protocolización del laudo...pueden quedar a la libre disposición de las partes” Ídem, p. 78.

⁵⁸⁷ Hoy reservado a las autoridades de instancias superiores: Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo en Pleno. Lo que “...es tanto como limitar el uso de la técnica a asuntos de gran cuantía y especial trascendencia (...) La decisión en tales casos (refiriéndose a los de menor cuantía) podría corresponder a los responsables de los Servicios Jurídicos de la Administración implicada, en sentido similar a lo que se dispone en la actualidad para el desistimiento y el allanamiento”, GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 112.

⁵⁸⁸ Siguiendo la regla del artículo 23 de la Ley 60/2003.

⁵⁸⁹ Por ejemplo, la suspensión del plazo para interponer los recursos contencioso-administrativos.

⁵⁹⁰ Siguiendo la regla del artículo 37 de la Ley 60/2003.

⁵⁹¹ Siguiendo la regla del artículo 39 de la Ley 60/2003.

⁵⁹² Siguiendo la regla de los artículos 40, 41 y 43 de la Ley 60/2003. “La acción de anulación tiene pleno sentido en el arbitraje que se sustancie respecto a las relaciones jurídico-públicas (...) parece indudable que su conocimiento corresponderá a la Jurisdicción contencioso-administrativa”, GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 90.

⁵⁹³ *Mutatis mutandis* la regla del artículo 44 de la Ley 60/2003, estableciendo un remisión a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁵⁹⁴ “Desde esta perspectiva, la ley de arbitraje que pudiera llegar a aprobarse para el ámbito jurídico-público podría mantener como principio general la confidencialidad de las informaciones arbitrales y declarar, al propio tiempo y sin que ello entrañe contradicción, la necesaria publicación del laudo”, GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 89.

⁵⁹⁵ Siguiendo la regla de los artículos 7, 8, 11, 15, 19, 22, 33 y cc. de la Ley 60/2003

Preambularmente la Ley 11/2011 afirma que “La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha supuesto un avance cualitativo de entidad en la regulación de esta institución, estableciendo un nuevo marco para el arbitraje interno e internacional que toma como referencia la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial, aprobada el 21 de junio de 1985.” Y que **“Sin ánimo de exhaustividad, los logros de esta Ley pasan por la formulación unitaria del arbitraje, el reconocimiento del arbitraje internacional, el aumento de la disponibilidad arbitral, sus reglas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos, el apoyo judicial al arbitraje o su antiformalismo.** Sin embargo, dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia (...) se trata ahora de modificar algún aspecto de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que en la práctica se ha mostrado mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de «equivalente jurisdiccional”.

Siendo esto así y, con mayor razón de concretarse las adaptaciones que se propician en clave jurídico-pública, podemos decir con CERVANTES – BRAVO que “España se sitúa entre los países que cuentan con un ordenamiento arbitral adaptado a las necesidades, flexible y acorde con sus tratados y acuerdos internacionales. Es decir, cuenta con un régimen normativo interno a la altura de las circunstancias”⁵⁹⁶.

Con referencia a la legislación arbitral argentina, entiendo que sin perjuicio del avance que significaron la concreción normativa de los principios rectores fundamentales del arbitraje (sobre los que comulgan la doctrina y leyes comparadas) tanto en el Código Civil y Comercial Ley N° 26.994 –en el plano interno– y, posteriormente, con la sanción de la Ley N° 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional, pasando revista en el interregno de la Ley N° 27.338 de Contratos de Participación Público-Privada; falta mucho como para considerar un

⁵⁹⁶ CERVANTES – BRAVO, Irina Graciela, ob. cit., p. 19.

sistema consistente que responda a las actuales necesidades de solución de controversias derivadas de la contratación pública⁵⁹⁷.

Doy por reproducidas aquí, entonces, las bondades que por abreviar aguas en la Ley Modelo UNCITRAL se reconocen a estas –todavía nuevas– herramientas, las que deberían contribuir a construir aquella cultura *pro* métodos alternos de resolución de conflictos, particularmente para el arbitraje, auspiciando futuras reformas sobre la base de las experiencias apuntadas también en este trabajo (fundamentalmente Perú), que requiere de la cooperación y adecuada interacción con el Poder Judicial del Estado.

Y en este último punto, es propicio traer a colación un fallo reciente que ha sido dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los autos “EN – Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20/03/2009) s/ recurso directo”⁵⁹⁸, porque marca un sendero de esperanza en torno al mentado equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes (incluido el Estado)⁵⁹⁹ y el control jurisdiccional de la herramienta arbitral, en sus justos límites.

En el caso, “el arbitraje había sido pactado para resolver los conflictos que surgieran con motivo de un contrato celebrado entre el Estado Nacional (Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa) y la Unión Transitoria de Empresas Propyme. El contrato fue rescindido unilateralmente por el Estado y Propyme entabló una demanda arbitral por diversos rubros indemnizatorios. El árbitro único designado

⁵⁹⁷ CRIVELLI, Julio César, ob. cit., p. 396. “En síntesis: no regula –o lo hace equivocadamente– muchos de los aspectos claves de los que depende la eficacia del arbitraje”, CAIVANO, Roque, El control judicial del arbitraje. Apuntes para una reforma de la legislación argentina, Revista La Ley, T. 2008 – D, 1274, p. 9.

⁵⁹⁸ CS, 06/11/2018. - EN – Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20-III-09) s/ recurso directo.

⁵⁹⁹ “Cuando el Estado celebra un contrato puede, libremente, pactar el arbitraje como cualquier particular. Si no lo hace, la resolución de los conflictos que pudieran surgir con motivo del contrato estará a cargo de los tribunales judiciales competentes, con todos los recursos que la ley procesal tiene previstos. Empero, si lo hiciera, es decir, si pacta una cláusula arbitral para resolver los conflictos emergentes, y si dicha cláusula establece que el laudo será definitivo e inapelable, entonces no queda otra salida que aceptarlo, salvo el recurso de nulidad previsto por el art. 760 del Cód. Proc. Civ.y Com., que es irrenunciable.” CRACOGNA, Dante, Revisión del laudo arbitral en instancia judicial, LL, AÑO LXXXIII N° 54, p. 6. Cita on line: AR/DOC/296/2019.

hizo lugar parcialmente al reclamo y condenó al Estado, lo que motivó que éste interpusiera un recurso de nulidad ante la Cámara”⁶⁰⁰.

El voto mayoritario ratificó el fallo de la Cámara que había hecho lugar parcialmente al recurso de nulidad planteado con fundamento en los arts. 760 y 761 del CPCCN, en cuanto el laudo había omitido aplicar las normas de consolidación y pesificación que el Tribunal de Alzada consideró de orden público (cabe puntualizar que el contrato que origina el pleito es de 1999 y que su rescisión tuvo lugar a fines de 2000). **Sin embargo, en lo sustancial, la Cámara rechazó el recurso de nulidad planteado acerca de las demás cuestiones esgrimidas en punto a la aplicación del derecho nacional, la interpretación de las disposiciones del contrato y la valoración de la prueba. Este rechazo motivó la interposición del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema que da lugar al pronunciamiento, cuya doctrina es relevante destacar**”(el destacado me pertenece)⁶⁰¹.

“El fallo hace hincapié en la cláusula del convenio celebrado entre las partes en virtud de la cual se acordó que toda controversia suscitada con motivo de éste sería sometida a arbitraje, conforme al inc. 1º, art. XII, ley 23.396, y que los aspectos no contemplados en la cláusula arbitral debían regirse por el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (versión 1976), cuyo art. 32.2 dispone que el laudo “...será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes”. En virtud de tales disposiciones, cuando el contrato fue rescindido, fueron designados árbitros de común acuerdo y las partes acordaron que contra el laudo sólo serían admisibles los recursos de aclaratoria y nulidad previstos en el art. 760 del CPCCN”⁶⁰².

La doctrina del fallo es la siguiente:

1. La jurisdicción arbitral libremente pactada es excluyente de la jurisdicción judicial y no admite otros recursos que los consagrados por las leyes procesales.

⁶⁰⁰ CRACOGNA, Dante, ob. cit., p. 5.

⁶⁰¹ Íbidem.

⁶⁰² Íbidem.

2. Al tratarse de decisiones adoptadas por tribunales arbitrales cuya jurisdicción es libremente convenida por las partes –quienes además renuncian a interponer recursos judiciales–, solo resulta legalmente admisible la intervención de los jueces mediante la vía prevista en el artículo 760, segundo párrafo del CPCCN.
3. En lo que concierne al alcance de la revisión judicial de un laudo arbitral en el contexto de un recurso de nulidad, cabe adoptar un criterio restrictivo, negando la posibilidad de que se revisen los méritos de dicho laudo.
4. Las causales de revisión del artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación son taxativas y no habilitan el análisis sobre el mérito de lo resuelto por el tribunal arbitral.
5. El derecho argentino tutela tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal, como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer industria lícita. Esta formulación es consistente con la clásica jurisprudencia de esta Corte, canónicamente enunciada en el precedente “Bourdieu”, según la cual el artículo 17 de la Constitución Nacional protege “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” y que “Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos) integra el concepto constitucional de “propiedad”.
6. El árbitro no incurre en una falta esencial en el procedimiento que justifique la nulidad del laudo arbitral si los planteos se refieren a la interpretación de las normas contractuales aplicables a la controversia y la valoración de las pruebas realizadas por el árbitro y solo constituyen una discrepancia respecto del modo en que laudó esas cuestiones pero no se compromete la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional.
7. Es improcedente la pretensión de que se revisen los méritos del laudo arbitral si los planteos en torno a la valoración de la prueba producida y a la interpretación de las cláusulas contractuales realizadas por el árbitro exceden

las causales previstas en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin que se haya demostrado que comprometan el orden público.

En ese sentido, la Corte recordó que en sus precedentes “Otto, Frank” y “Ricardo Agustín López”, entre otros, ya había adoptado un criterio restrictivo para la revisión judicial de un laudo arbitral en el contexto de un recurso de nulidad. Agregó que las causales previstas en el artículo 760 son taxativas y no habilitan el análisis sobre el mérito de lo resuelto por el tribunal arbitral⁶⁰³.

“Los ministros remarcaron que ese criterio es aplicable aun cuando una de las partes sea el Estado Nacional (conforme los antecedentes “Pagano”, Fallos: 133:61, y “Sargo”, Fallos: 290:458, entre otros). Subrayaron, además, que, de admitirse el planteo de la actora se afectaría la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto acordaron que el laudo tenía carácter definitivo e inapelable, lo cual conllevaría una grave limitación en la libertad contractual amparada por la Constitución Nacional”⁶⁰⁴.

Si este camino se mantiene en lo sucesivo, o incluso se extiende, reconociendo al sistema arbitral en su integridad - sin las desnaturalizaciones que también fueron fruto de la judicatura argentina - entonces quizá estemos en presencia de un nuevo punto de partida⁶⁰⁵ hacia la “comprensión judicial del arbitraje” por estos lares⁶⁰⁶.

⁶⁰³ CSJN, Centro de Información Judicial (CIJ) <https://www.cij.gov.ar/nota-32356-ARBITRAJE---Alcances-de-la-revisi-n-judicial-de-un-laudo-arbitral.html>

⁶⁰⁴ *Ibidem*, 597

⁶⁰⁵ “La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió al respecto en la causa “Techint”, en la que consignó, siguiendo jurisprudencia anterior, que no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca” CSJN, 26-9-28, Fallos 152:347; *Id.*, 18-3-31, “Cía. Argentina de Navegación ‘Nicolás Mihanovich Ltda’ vs. Fisco Nacional”, Fallos 160:133; *Id.*, 26-9-56, “Paino, Cayetano vs. Soc. Arrigo Hnos.”, Fallos 235:940. LOUTAYF RANEA, Roberto – SOLÁ, Ernesto, Jurisdicción Arbitral, Revista de Derecho Procesal, “Jurisdicción y competencia – I, 2014-2, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, p. 446/447.

⁶⁰⁶ Por oposición a su “Incomprensión” como lo destacara RIVERA al reseñar una serie de fallos judiciales argentinos: “En suma, la incomprensión por los tribunales judiciales de lo que es el arbitraje, nos enfrenta a un panorama crecientemente desalentador sobre su futuro en Argentina”. RIVERA José, Incomprensión Judicial del arbitraje”.

http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_incomprension-judicial-del-arbitraje_0.pdf

Capítulo 10: Cotejo entre arbitraje, los recursos especiales administrativos y los procesos judiciales en las cuestiones derivadas de la contratación pública.

Arbitraje:Ventajas. Desventajas. Procesos judiciales. Desventajas. Elección del arbitraje para definir una disputa. Tribunales Especiales Administrativos.

X. Cotejo entre arbitraje, los recursos especiales administrativos y los procesos judiciales en las cuestiones derivadas de la contratación pública.

Me parece conveniente para esta tesis, hacer un parangón entre los distintos sistemas que abordara, o sea los sistemas de resolución de reclamos o disputas derivadas de la contratación pública conocidos como arbitraje, recursos administrativos y procesos judiciales, considerando sus aspectos ventajosos y positivos, así como sus debilidades y posibles objeciones o críticas, con específica aplicación a todas las reclamaciones que tienen origen en la contratación pública.

Inicialmente no podemos pasar por alto que analizaremos herramientas e instrumentos que, en cuanto tales, se mostrarán más o menos eficientes dependiendo cómo sean utilizadas por los operadores, las que en todo caso pueden siempre perfeccionarse en abstracto, pero tornarse ineficientes en concreto si se usan erróneamente.

También debo advertir que independientemente de la situación por que transcurra el sistema judicial de algún país o región, aunque el mismo no resulte ser la mejor, el arbitraje en materia de contratación pública encuentra su fundamento en sí mismo, porque a mi entender presenta ventajas tanto para el ciudadano, como para la propia administración pública, así como para el funcionamiento de la misma y del poder judicial. Las mismas causas que justifican el arbitraje en el ámbito privado, sirven para sostener el mismo en estas cuestiones de contratación pública⁶⁰⁷ pudiendo destacar que el fundamento último del arbitraje es la libertad.

Así como en Argentina somos testigos de la desnaturalización de muchos institutos procesales⁶⁰⁸, el arbitraje no escapa a ese potencial riesgo si se lo alienta para cualquier conflicto, cualesquiera sean sus elementos configurantes, las circunstancias del entuerto y sus modalidades.

⁶⁰⁷ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel. Tesis doctoral El arbitraje de derecho público, UIC Barcelona, 2017, p. 77.

⁶⁰⁸ La ordinarización del proceso de amparo y las tutelas procesales diferenciadas en general, las rémoras en los procesos de ejecución, la estandarización de la prisión preventiva, el abuso del proceso en general y de las vías recursivas en particular, etc.

a) Arbitraje:

Entre los distintos sistemas de solución de controversias, el arbitraje configura un sistema que ofrece muchas ventajas; sus características de celeridad del procedimiento, sus menores costos, la confidencialidad, la neutralidad, la flexibilidad, la especialización, en correlación con la adaptación paralela de la administración pública al fenómeno de la iusmercantilización y la simultánea descarga de los casos así resueltos de la jurisdicción contencioso administrativa, como efecto colateral, hacen al arbitraje un sistema que puede brindar una solución eficiente⁶⁰⁹.

Ventajas

- Imparcialidad: Por la idoneidad ética y profesional de los árbitros⁶¹⁰.
- Confidencialidad: Reflejo de un proceso desarrollado en un ambiente privado, ha sido una de las principales circunstancias convenientes del arbitraje, teniendo las partes la seguridad de que aquello que allí se discute, nunca saldrá a la luz, lo que garantiza el resguardo de la reputación de las partes. En los casos que el arbitraje tuviere cuestiones relacionadas o regidas por el interés público, ambos conceptos de confidencialidad e interés público deben armonizarse, pudiéndose dar a publicidad el procedimiento arbitral específico y la parte del laudo relacionado con ese interés público.
- Control: Las partes tienen el control y participan en todo el trámite. Esto garantiza la confianza de los afectados en el proceso.
- Economía: Evita los procesos judiciales, que resultan más costosos en razón del tiempo que pueden durar⁶¹¹.
- Rapidez: Es un procedimiento usualmente rápido, y esa celeridad es la que lo presenta como una herramienta de moda en todas las cuestiones derivadas

⁶⁰⁹ BALLESTEROS PANIZO, ob. cit., p. 78.

⁶¹⁰ Máxime en casos de contrata pública que se caracterizan por su gran tecnicismo y complejidad.

⁶¹¹ Aunque el arbitraje es más caro que un juicio, debe analizarse cada caso ponderando las ventajas económicas que una decisión definitiva (no susceptible de apelación) y más rápida implican en los componentes del coste, SÁNCHEZ PEDREÑO – KENNAIRD, Arbitraje y mediación, por qué y para qué, Madrid, 2013, <https://elderecho.com/arbitraje-y-mediacion-por-que-y-para-que>

de contrataciones públicas. Normalmente la decisión de las partes deciden el tiempo de duración del trámite.

- Flexibilidad e informalidad: Implica un proceso con menor grado de enfrentamiento entre las partes. La voluntad de las partes es ley en el arbitraje por lo que siempre se debe respetar lo estipulado por ellas mismas, lo que le permite adaptarse a las circunstancias de cada caso. Esto evita que los lazos de comercio y amistad que unen a las partes se dañen o deterioren definitivamente, siendo esta una de las consecuencias de no existir normas procedimentales cerradas y estrictas, sino que las partes lo determinan y lo controlan personalmente, resultando por ende mucho mayor el grado de satisfacción del laudo que decide la controversia. Algunos autores hablan de que en el arbitraje existe una disminución de la hostilidad o enfrentamiento entre las partes, y por el contrario, el tribunal arbitral utiliza técnicas de seducción para tales fines⁶¹².
- Especialización: Los árbitros son juristas especializados en la materia, que permiten a las partes una gran tranquilidad y seguridad, asegurando que el laudo arbitral tenga una buena calidad técnica.
- Neutralidad: Desde la perspectiva de las partes que no son administración pública, el arbitraje se presenta como una instancia verdaderamente neutral, despojada de toda connotación estatal, lo que no ocurre con el sistema judicial, en el cual los tribunales son parte del poder público estatal.
- Disminución de los casos de la jurisdicción contencioso-administrativa: que posibilita la prestación de un mejor servicio público de justicia, a través de un procedimiento eficaz y eficiente. Es que a medida que los arbitrajes sean utilizados en la solución alternativa de las controversias, el sistema público de justicia se verá beneficiado, al reducir el flujo de asuntos contenciosos que llegan a sede judicial, evitando la proliferación de la judicialización. Y la solución proviene a través de un arbitraje que se presenta como eficiente, en cuanto al tiempo de resolución y a la calidad de los laudos.

⁶¹² BALLESTEROS PANIZO, idem, p. 91.

- Adaptación de la administración pública al fenómeno de la iusmercantilización, o sea, de generalización del derecho mercantil, del cual la propia administración pública no es ajena, ya que el sector público es un factor económico fundamental en el mercado, que como todos, debe asimilarse a las reglas de los nuevos tiempos, en este caso, a las del mercado, especialmente a las notas de inmediatez y flexibilidad. Los agentes económicos están incómodos con las formas y los procedimientos del derecho administrativo, debiendo lidiar con ellos en virtud del protagonismo que tiene la administración pública en el mercado, presentándose en este escenario el arbitraje, como un instrumento eficaz, donde las ventajas anteriormente señaladas, configuran una herramienta idónea para la resolución de cuestiones patrimoniales⁶¹³.

Desventajas

- El desconocimiento y falta de costumbre en la utilización del arbitraje, en general, por parte de los operadores jurídicos.
- La elección de los árbitros puede no depender de las partes, como ocurre en los arbitrajes institucionales.
- Los mayores costes (de la institución arbitral, los honorarios de los árbitros, de los abogados, etc.) que pueden representar un óbice para el acceso de sectores económicos menos pudientes (micros, pequeñas y medianas empresas, por ejemplo).
- La confidencialidad, en supuestos de contratación pública, puede conspirar contra el acceso a la información pública cuando no se armonice el interés público en juego.
- La limitación recursiva, en pos de la economía procedimental, puede solapar decisiones equivocadas.
- La amplitud de cuestiones que pueden quedar alcanzadas por la cláusula compromisoria, puede interferir en la ejecución de los contratos por motivos accesorios o incidentales.

⁶¹³ MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLON MEDINA, José María. Tratado de Derecho Arbitral, 4ª. Ed. Civitas, Madrid, 2014, capítulo 1.

- Las críticas reseñadas respecto de los arbitrajes de inversión⁶¹⁴.

b) Procesos judiciales. Desventajas.

A su turno, aquello que se muestra como potencial ventaja del sistema arbitral lo es, en gran medida, por su cotejo frente al sistema clásico judicialista.

Así, allí donde se destacan la economía de tiempo y recursos del arbitraje, se achaca lo contrario al proceso judicial. Aún cuando desde las leyes rituales se prometan tales principios, en los hechos se dan de bruces contra una realidad desbordada por una litigiosidad en progresivo y exponencial aumento. Aquél estándar constitucional del plazo razonable, vemos a menudo, se aleja un poco más.

Luego, cuando de escudriñar la figura del árbitro se trata, para ponderar su imparcialidad e independencia, se lo enfrenta a un sistema de selección y remoción de la judicatura cada día más cuestionado, con graves intromisiones de los ámbitos políticos con mayorías circunstanciales; la ética pormenorizadamente reglada en los Estatutos y Reglamentos del arbitraje, no tiene correlato con las leyes de ética pública y sobre conflictos de intereses de magistrados (aún cuando se hayan experimentado algunos atisbos de avance); la mengua de las garantías inherentes al oficio (la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces envilecida por procesos inflacionarios y políticas salariales que no van de la mano, es una muestra); cuando un árbitro puede elegirse y presentarse por su experticia específica, del otro lado un juez puede ser el natural para esa causa y para tantas otras aún de materias ajenas, cuando una norma de distribución de competencia lo disponga.

En materia de procedimiento propiamente dicho, mucho se ha evolucionado en el ámbito del proceso judicial y ya nadie discute seriamente que los trámites deben estar ordenados bajo el firmamento de la instrumentalidad de las formas, que los poderes deberes de los jueces se amplificaron en tren de posicionarlos como verdaderos directores del proceso, que la oralidad cobra cada día más fuerza y que por la vía de los ADR'S Y las TIC'S toda la gestión se endereza a lograr mayores

⁶¹⁴ Ver el capítulo Los Tribunales Arbitrales de Inversión en este trabajo.

porcentuales de eficiencia, empero todavía la calidad del servicio no alcanza a satisfacer las expectativas del usuario. Es por ello que el informalismo y la flexibilidad, inherentes al arbitraje, son vistos como una mayor virtud en términos de *case management*. Destacándose en este punto la limitación recursiva por un lado y el uso muchas veces desnaturalizado y desorbitado de las vías de revisión judicial, por el otro.

Sin embargo, aún siendo esto así, las bondades no terminan por rendir sus frutos toda vez que por estas latitudes (y en general en Latinoamérica⁶¹⁵) se coincide en que los MARCS han experimentado un desarrollo relativamente reciente y sobre ellos todavía pesa, no escapando el arbitraje a esa realidad, una enquistada reticencia⁶¹⁶.

Acudir ante cualquier tipo de conflicto derechamente al poder judicial nos ha colocado en la situación actual de colapso⁶¹⁷. Torcer a favor de los mecanismos alternos esa respuesta automática demandará un cambio en la cultura jurídica de los actores protagónicos⁶¹⁸, lo que sólo puede darse a partir de un conjunto de

⁶¹⁵ “Cuestiones políticas y sociales de diversa índole, mayor o menor incidencia del comercio internacional dentro de las fronteras, así como cuestiones que subyacen de su diversa tradición jurídica, se constituyen en factores que no determinaron una expansión uniforme del arbitraje en los países de América Latina y, en general, de los métodos alternativos de solución de conflictos”, REY VALLEJO, Alfredo, Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio, 128 Universitas Colombia, 2014, p. 281.

⁶¹⁶ CAIVANO, Roque. El control judicial en el arbitraje aparece vinculado a la garantía constitucional consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional”, CAIVANO, Roque, Arbitraje en la Argentina, fortalezas y debilidades, El Derecho, Buenos Aires, 2002, p. 775.

⁶¹⁷ ARAZI, Roland. Negociación: Una forma adecuada de resolver los conflictos, Revista de Derecho Procesal 2010-2 Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, 1º Edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 50/51, “El mayor obstáculo a vencer, para lograr una mayor utilización de métodos alternativos, sigue siendo la falta de una adecuada cultura sobre la forma de actuar frente a un conflicto, que exacerba el recurso, tan “facilista” como ineficiente, a los tribunales judiciales”, CAIVANO, Roque, Negociación, mediación y arbitraje: variante e interacciones, Revista de Derecho Procesal 2010-2 Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, 1º Edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 93.

⁶¹⁸ “Desconocimiento porque en Argentina no hay “cultura arbitral”, lo que se refleja en varios aspectos concretos: el arbitraje se estudia en los cursos de procedimiento civil como una alternativa al proceso judicial regulada por los códigos locales, los que por su lado tienen una normativa absolutamente deficitaria; existen pocos arbitrajes, limitados generalmente a conflictos entre empresas asesoradas por oficinas de abogados que han ganado experiencia en la materia en los últimos años; de donde en el interior del país es una práctica casi desconocida entre los profesionales y con mayor razón entre los jueces; por último, muy pocos casos de arbitraje llegan a la justicia y normalmente los pocos que hay llegan a la justicia comercial y algunos a la federal (en casos que involucran al Estado). En este sentido la experiencia de los jueces argentinos es incomparablemente menor que la de los jueces franceses, suizos o estadounidenses (...) En general los legos, los abogados y también algunos jueces tienen una noción muy limitada cuando no equivocada del arbitraje

medidas que lo incentiven. El mejoramiento de las normas es sólo una de ellas⁶¹⁹, lo que debería acompañarse con capacitación continua, políticas de promoción⁶²⁰y, fundamentalmente, apoyo complementario del servicio de justicia clásico.

c) Elección del arbitraje para definir una disputa: Retomando aquí las primeras líneas de este acápite, por aquello de que las herramientas alternativas de solución de conflictos deben ser ponderadas acorde al fin que con ellas se aspira conseguir, al tiempo de evaluar en qué casos convendría comprometer en árbitros podemos seguir junto a MARTÍNEZ HERRASTI las siguientes premisas⁶²¹:

- 1) ¿Qué tipo de contrato se está celebrando? Antes que nada, se debe verificar que la materia del contrato sea arbitrable.
- 2) ¿Con quién se está celebrando el contrato? Se debe observar que las partes del contrato tengan la capacidad necesaria para celebrar acuerdos arbitrales. En ocasiones las agencias gubernamentales o Estados tienen prohibido pactar un arbitraje, o la celebración del acuerdo arbitral está sujeto a la obtención de autorizaciones especiales.

privado, no distinguiendo los arbitrajes institucionales de los ad hoc, los domésticos de los internacionales, etc., y lo que es más serio poniendo “en la misma bolsa” al arbitraje privado y a los arbitrajes CIADI” RIVERA, Julio César, Arbitraje y Poder Judicial, los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje, disertación pronunciada en el marco del Seminario sobre Arbitraje en América Latina organizado por la ICC en Miami en noviembre de 2005, p. 1.

⁶¹⁹ “Aún siendo insuficientes, no sería justo atribuir a las normas actuales la culpa de la hasta ahora escasa utilización del arbitraje. Ellas nada hubiesen podido hacer por sí mismas frente al arraigado sentimiento formalista y estatista de nuestra sociedad, el que seguramente hubiera persistido como importante traba para el arbitraje. Tampoco hubieran podido modificar la falta de interés de muchos sectores respecto del arbitraje, por la conveniencia de dilatar al máximo posible el cumplimiento de sus obligaciones, ni hubiesen podido romper la inercia de los abogados de llevar a tribunales cualquier conflicto, como si no hubiese otras formas de resolverlos”, CAIVANO, Roque, Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje, LL, Buenos Aires, 1994, p. 1.

⁶²⁰ Se atribuyen a los órganos del Poder Judicial tres funciones básicas relacionadas con el arbitraje: integrar, cooperar y controlar. La integración se da en términos generales cuando el acuerdo arbitral no es completo ni autosuficiente. Si las partes no acordaron todos los puntos esenciales, será necesario complementar el acuerdo supliendo el juez aquellos aspectos sobre los que no haya consenso entre las partes (...) La cooperación del Poder Judicial es necesaria debido a la falta de *imperium* de los árbitros (...) El control judicial en el arbitraje aparece vinculado a la garantía constitucional consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional”, CAIVANO, Roque, Arbitraje en la Argentina, fortalezas y debilidades, ED, Buenos Aires, 2002, p. 774; “Una adecuada dosis de supervisión judicial no sólo es necesaria, sino conveniente. El principal problema radica en determinar cuándo esa supervisión es adecuada y, correlativamente cuándo comienza a ser inadecuada, por exceso o por defecto” CAIVANO, Roque, El control judicial en el arbitraje, apuntes para una futura reforma, LL, Buenos Aires, 2008, p. 1276.

⁶²¹ MARTÍNEZ HERRASTI, Edgar, Arbitraje o litigio ¿cuál elegir?, IDC N° 252, 30/04/2011, México, 2011, p. 3.

- 3) ¿Cuál sería el valor de la disputa? Hay que distinguir primero entre el valor del contrato, y el valor de una posible disputa. Los costos del arbitraje, así como los honorarios de los árbitros normalmente están vinculados al monto en disputa. El balancear dichos costos otorga elementos para la decisión no sólo de convenir el arbitraje, sino de qué Institución elegir en su caso.
- 4) ¿Qué tan complejo es el asunto? ¿Necesito a un especialista en la materia para resolver alguna posible controversia, o puedo someterlo al conocimiento de un juez común? Una de las ventajas de elegir un arbitraje en asuntos complejos es la posibilidad de seleccionar un árbitro con experiencia en la materia, a quien sea más fácil presentarle el caso. Lo anterior es aplicable también en asuntos que implican la interacción de diversos sistemas legales e idiomas.
- 5) ¿Qué tan predecible sería el resultado en caso de una controversia? En ocasiones existen criterios jurisprudenciales obligatorios para los tribunales que hacen más fácil el ventilar una controversia mediante litigio. Ello depende desde luego de qué tan predecible sería el resultado de presentarse un conflicto. Por otro lado, si el resultado es imaginable y las partes pactan un arbitraje, la solución de la controversia puede ser más rápida considerando que no existe la apelación.
- 6) ¿Intervienen partes internacionales? Las preguntas clave son: ¿cuánta confianza tengo como empresa en las cortes del país de la contraparte y viceversa? ¿Qué tan costoso sería litigar un asunto en otro país? Responder estos cuestionamientos hace del arbitraje un mecanismo idóneo para la solución de conflictos privados internacionales.
- 7) ¿En dónde se ejecutarán las obligaciones principales? Si las obligaciones principales se ejecutarán en el país de la Empresa A, es probable que ésta no acepte incluir una cláusula de jurisdicción de los tribunales del país de la Empresa B; si ésta no confía en las cortes del país de la primera o no está familiarizada con su sistema legal, o con su idioma, resulta entonces conveniente pactar arbitraje.

- 8) ¿Existe una relación de negocios continua con la contraparte? Las empresas trasnacionales muchas veces eligen el arbitraje para resolver una controversia sobre una orden de compra en particular, para que mientras se ventila el asunto puedan continuar con la relación comercial a largo plazo. Una de las ventajas del arbitraje es que las partes pueden pactar que el procedimiento sea confidencial, lo cual protege la reputación de las partes frente a terceros (otros clientes o proveedores).

En cualquier caso, aun optando por la vía alternativa, reafirmamos con FERNÁNDEZ ROZAS que "...el arbitraje se verá tanto más favorecido en el cumplimiento de sus objetivos institucionales cuanto mejor sea el funcionamiento de la administración de justicia ordinaria; dicho en otros términos: el peor enemigo del procedimiento arbitral es la ineficacia de la jurisdicción ordinaria..."⁶²² pues siempre será aquél un complemento de éste y viceversa⁶²³.

*Por último, recordemos que el equilibrio será siempre un buen guía. Lograr es equidistancia entre lo público y lo privado, entre la autonomía de la voluntad y el desarrollo procedimental, debe ser el camino*⁶²⁴.

d) Tribunales Especiales Administrativos:

En cuanto a la experiencia de los tribunales administrativos, en la tarea de valorar sus pros y contra, haciendo también un contraste con sus pares judiciales, GORDILLO coloca en el debe a la lentitud, la falta de eficacia, la posibilidad de

⁶²² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina, Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Texto de la intervención pronunciada el 08/07/2010 en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Jurisprudencia, III Conferencia Anual Hugo Grocio de Arbitraje Internacional, p.7. https://eprints.ucm.es/11977/1/UNA_DECADA_DE_CONSOLIDACION_DEL_ARBITRAJE_COMERCIAL_INTERNACIONAL_EN_AMERICA_LATINA.pdf

⁶²³ Las posiciones que abogan por la relación de complementariedad entre jurisdicción y arbitraje cada vez poseen mayor aceptación, superándose los viejos modelos basados en la contradicción y la competencia entre las tareas judiciales y arbitrales⁴¹. Este es el tenor, en Perú, de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 2006 (Fernando Cantuarias Salaverry), "... el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias", FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ob. cit., p. 8.

⁶²⁴ "Al menos en el ámbito de los sistemas del *civil law* no deberían perder el norte de una solución justa y no sólo conveniente. De lo contrario no servirían como instrumentos para la justicia – que no es una mercancía – sino únicamente para los negocios", MÉNDEZ, Héctor O., El moderno arbitraje ¿contrato o proceso?, ob. cit., p. 356.

sufrir influencias los miembros del tribunal (aún gozando de una elemental independencia funcional), como cuestiones deficitarias o “males comunes” de ambos mecanismos⁶²⁵.

Por su parte, sostiene el autor citado que los tribunales administrativos se encontrarían en mejor situación para ejercer aquellas potestades que clásicamente son vedadas a los órganos judiciales. La revisión de las condiciones de oportunidad, mérito y conveniencia del acto administrativo es un ejemplo, el dictado de un nuevo acto que modifique total o parcialmente el anulado es otro, toda vez que el tribunal administrativo tendrá mayor latitud para el ejercicio de la competencia en análisis, sin el riesgo de quebrar la división de poderes⁶²⁶, la chance de *manejar* los tiempos para el dictado oportuno de la decisión sobre el conflicto, conjurando de esa manera los costos políticos que ella pudiera irrogar⁶²⁷, la morigeración de los costos⁶²⁸, así como las posibilidades de obtener la composición del conflicto por vía del avenimiento de las partes⁶²⁹, son más factible en el escenario de un procedimiento ante la administración.

En definitiva, la conclusión parece ser la misma que al analizar el arbitraje⁶³⁰.

“Todo lo expuesto nos lleva a sugerir la conveniencia de crear tribunales administrativos autónomos dotados de imparcialidad e independencia **que no excluyan la revisión judicial amplia**, a los cuales el particular pueda, si quiere, optar por acudir antes de solicitar la revisión judicial de los actos y hechos administrativos. De hacérselo, debe dejarse bien en claro la potestad judicial revisora plena y amplia, como garantía de la división de los poderes y del sistema constitucional de garantía de los derechos individuales; debe también, a nuestro juicio, evitarse la tendencia hacia la transformación de los tribunales

⁶²⁵ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, t. 11, Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo, Sección II, Capítulo II, 1ª Edición, FDA, Buenos Aires, 2015, p. 126/127.

⁶²⁶ Ídem, p. 129/130.

⁶²⁷ Ídem, p. 136.

⁶²⁸ Ídem, p. 137.

⁶²⁹ Ídem, p. 139.

⁶³⁰ “La respuesta tampoco aquí puede estar en blancos y negros. Probablemente la más adecuada es que el individuo necesita tanto unos como otros órganos de control de la administración, para recurrir según las circunstancias a unos u otros, o a unos y otros sucesivamente, sin perjuicio de otros mecanismos de control que también complementan a éstos...”, Ídem, p. 134. 435

administrativos existentes en tribunales judiciales, pues con ello se vuelve al punto de partida, y debe igualmente complementarse la creación de tales órganos con otros mecanismos indispensables en la administración moderna”⁶³¹ (el destacado me pertenece).

En esa línea se enrola, como vimos, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TARC) instituido por la Ley 9/17 de España, cuya implementación redundara en un procesamiento de los recursos especiales caracterizado por la celeridad y la inmediatez.

De los números que recoge GARCÍA PÉREZ⁶³² a raíz del funcionamiento del TARC, resulta que:

“El volumen de recursos presentados ante el TARC (1.321) ha aumentado de modo significativo. Respecto al año anterior, el aumento ha sido de un 18,3%;

Apenas un 7% de las resoluciones han sido impugnadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo;

De los 170 recursos contenciosos resueltos a la fecha de elaboración de la memoria, 70 caducaron o hubo desistimiento, en 66 se confirmó la resolución del TARC y sólo 34 fueron estimatorios o parcialmente estimatorios”.

⁶³¹ Ídem, pp. 140/141. “La línea adecuada ya ha sido ensayada, y con éxito. Se trata de revisar la actual funcionalidad de los recursos administrativos y recuperar el verdadero sentido de la “vía previa”, que contiene en sí misma una idea espléndida que, por alguna razón, no ha llegado a cuajar: que la administración tenga la oportunidad de revisar sus actos antes de que intervenga el poder judicial (...) Bajo esta perspectiva, resultaría imprescindible contar con órganos de resolución de estos recursos que no tengan una relación de jerarquía con el autor del acto. La experiencia de los tribunales especiales en materia de contratación administrativa, que están dando tantas buenas muestras de buen hacer en su corta experiencia, debería servir de inspiración”, PÉREZ GARCÍA, Marta, Nuevas tendencias en el control de la actividad administrativa. En especial, el control de la contratación pública, pp. 251/252. “La eficacia del control de la Administración radica en quien controla y cómo controla, pues sea un órgano administrativo o jurisdiccional, debe actuar con integridad, para lo que debe estar investido de independencia y de una preparación concreta en la materia de que se trate. Todo ello nos ha llevado a proponer una regulación general de órganos administrativos independientes especializados, que permita la opción de su implantación en sectores específicos que ofrezcan una solución rápida, barata y eficiente. Sirva de paradigma como herramienta útil de solución de controversias los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en España”, GIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, Mejora del control administrativo de las administraciones públicas en España: los órganos administrativos independientes especializados en la resolución de recursos administrativos, p. 554.

⁶³² GARCÍA PÉREZ, Marta, ob. cit., p. 250/251.

Por lo que considera la autora que la fórmula escogida por el legislador ha funcionado.

No obstante, el análisis de costos y de coyuntura al tiempo de su implementación no puede ser ajeno a ninguna empresa reformista, de tal suerte que se pueda realizar su puesta en marcha de manera prudente y con mayores baremos de éxito⁶³³.

Entiendo conveniente en este tema, rescatar la opinión de Gimeno Feliú en el sentido que: "... la extensión del recurso especial a cuantías inferiores a las del importe armonizado, es una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. La opción contenida en el proyecto de Ley limitaba 'en exclusiva' este recurso especial a los contratos de importe armonizado. Opción cuestionada por la doctrina de forma unánime (vid el documento de Propuestas de Mejoras al Proyecto de Ley elaborado por este Observatorio de Contratación Pública). Y también por órganos cualificados como el Consejo de Estado⁶³⁴, Comité Económico y Social⁶³⁵, Comisión Nacional de los Mercados⁶³⁶ y la Competencia o Transparencia Internacional España⁶³⁷. El cambio producido es muy relevante pues implica superar la visión del recurso especial como una carga burocrática o 'gasto' innecesario, para configurarse como un instrumento que permita garantizar la mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las

⁶³³ "Llegados a este punto conviene advertir que la implementación generalizada de los órganos administrativos independientes especializados puede encontrarse con un obstáculo importante, insalvable para parte de la doctrina, como es el esfuerzo organizativo y presupuestario que supondría, dado que para su éxito resulta preciso dotarlos de los medios personales y materiales necesarios. Por tal motivo, conviene realizar un análisis previo de los costes económicos que implica, para evaluar si las ventajas en cuanto a reforzamiento de las garantías ciudadanas y como instrumento específico de auxilio judicial al evitar litigios sale rentable a medio o largo plazo en términos de sociales, institucionales y de interés general, no sólo económicos", GIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel, ob. cit., p. 554.

⁶³⁴ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo.

⁶³⁵ DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

⁶³⁶ IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

⁶³⁷ <http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contr-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>.

prerrogativas de la Administración⁶³⁸. La opción de rebajar umbrales es, sin duda, un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe. Asimismo, interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial, que incluye ya los encargos a medios propios y también a ciertos actos relativos de la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales o rescate de concesiones. Sin embargo, se olvida de la exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya efecto directo (STJUE de y de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL) de incluir en el ámbito del recurso especial las cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión...⁶³⁹.

Deseo además añadir, por la importancia que tiene el prestigio del académico Meilán Gil, que: "...Por impulso de la Unión Europea, las posibles irregularidades que puedan afectar a cada uno de los actos de la criticada fase precontractual, incluida la adjudicación, son recurribles ante un ente independiente, un Tribunal administrativo de recursos contractuales, mediante un procedimiento brevem con suspensión de la tramitación. Contra su resolución, tanto el particular como la Administración pueden recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa...La experiencia desde su creación en 2011, central al nivel de todo el Estado o Comunidades Autónomas **es muy positiva. Una muestra significativa es el elogio que hace el Tribunal Supremo en una sentencia de 23 de octubre de 2014.** El asunto versaba sobre la concesión del servicio de abastecimiento de aguas a una amplia población que enfrentó con la Generalitat de Cataluña a dos importantes empresas, defendidas por destacados profesionales. La singularidad del pleito para el Tribunal Supremo radicaba, y es lo que interesa subrayar, en que se ponía en cuestión la resolución del órgano administrativo de recursos contractuales que

⁶³⁸ Vid. J.M. GIMENO FELIU. Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, web, Opiniones_317(1).pdf.

⁶³⁹ GARCÍA FELIÚ, idem.

había declarado no conforme a derecho la adjudicación. **El elogio se dirige a la iniciativa de la Unión Europea que instó a los Estados miembros a crear entes de ese tipo y erradicar la “firma acelerada de los contratos para hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación de contratos”; un mecanismo de garantía prejudicial.** El Tribunal, al resolver de acuerdo con el citado órgano administrativo independiente, elogia su hacer, que cuenta con una “cualificada presunción de legalidad y acierto” muy superior a la de los actos administrativos ordinarios; para decirlo de un modo más concreto, superior al ejercicio de la prerrogativa por la Administración, fundada en un “privilegio de autotutela” que se corresponde a la criticada anteriormente concepción del Derecho administrativo...Su conveniencia había sido sostenida antes de la transposición de las Directivas europea aludiendo a las insuficiencias de la tutela jurisdiccional, con la calificación de “el contencioso precontractual” en una inercia de la doctrina generalizada que, por lo expuesto, no resulta adecuada en el caso de la anulación de la adjudicación, ya que el contrato existía...Siempre queda la instancia del control judicial; lo que se ha sustituido es la utilización de la prerrogativa, el acto administrativo ejecutivo...el art. 44,2 de la nueva ley de contratos del sector público, no solo no exceptúa sino que, por el contrario, dispone que podrán ser objeto del recurso: d) las modificaciones basadas en el incumplimiento de los arts. 204 y 205 de la presente ley por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva licitación...La ley amplía el ámbito de estos Tribunales. Su art. 44 se refiere por igual a contratos que pretendan concertar las administraciones públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores. La tendencia a la generalidad es clara. Se reitera que son recurribles actos y decisiones constitutivos de la preparación y adjudicación del contrato, con una mayor concreción por lo que se refiere a la admisión o no admisión de candidatos a licitadores y a la admisión o exclusión de ofertas, irregularidades que pueden ser también alegadas al recurrir el acto de adjudicación. Además de la novedad sobre la modificación, se incluyen la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan con los requisitos legales, los acuerdos de rescate de concesiones. A la vista de lo expuesto en el presente y en el anterior apartado puede

preguntarse qué queda de la prerrogativa o *ius variandi* que sigue reconociéndose en la ley 9/2017. Más aun, es cuestionable seguir hablando de contrato administrativo; quedaría englobado en la categoría de contrato público, con referencia al interés general que lo fundamenta...⁶⁴⁰ (lo resaltado en negrita me corresponde).

Resulta por consiguiente manifiesta la exitosa práctica y los resultados favorables en España de este sistema de recursos especiales administrativos para reclamos originados en la contratación pública.

⁶⁴⁰ MEILAN GIL, José Luis, Unidad del contrato e interés general: itinerario de una investigación, 22/06/2018, Revista General de Derecho Administrativo, Iustel, mayo 2018.

Capítulo 11: Antecedentes de la Provincia del Chaco y propuesta de un anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública.

Antecedentes de la Provincia del Chaco y propuesta de un Anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública. Fundamentos.

XI. Antecedentes de la Provincia del Chaco y propuesta de un Anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública:

En el ámbito provincial, el Chaco tuvo la experiencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas⁶⁴¹, el que a la postre fue disuelto⁶⁴², pasando las causas en trámite en ese momento, a conocimiento y decisión del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

El Tribunal tenía *jurisdicción* en el todo el territorio provincial "...y competencia para resolver en definitiva todas las cuestiones de carácter patrimonial o de interpretación⁶⁴³, derivados de la contratación y ejecución de las obras públicas"⁶⁴⁴.

La intervención del Tribunal era obligatoria para todas las reparticiones centralizadas o no de la Administración provincial, Municipalidades y demás organismos que contrataran con sujeción al régimen de la Ley de Obras Públicas de la Provincia del Chaco⁶⁴⁵ y optativa para los administrados⁶⁴⁶.

Estaba integrado por un Presidente, tres vocales titulares y tres suplentes. La integración del tribunal reflejaba la representación de las empresas constructoras inscriptas en el Registro Provincial respectivo, del Consejo de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores de la Provincia y del Poder ejecutivo (el que a su vez designaba al Presidente del órgano)⁶⁴⁷.

La duración de los mandatos se preveía en dos años, con posibilidad de reelección⁶⁴⁸.

⁶⁴¹ Creado por Decreto Ley 2555/57, B.O. 648 de fecha 19/09/57; modificado por Ley Nº 1279/73, B.O. 3574 de fecha 19/09/74; reglamentada por Dto. Nº 817/74 B.O. 3684, de fecha 12/06/1974 y Dto. 120/95.

⁶⁴² Ley Nº 4.289, B.O. 6988, de fecha 24/05/1996.

⁶⁴³ Dto. 817/74, Artículo 2 y 30.

⁶⁴⁴ Artículo 1.

⁶⁴⁵ Dto. 817/74, Artículo 3.

⁶⁴⁶ Dto. 817/74, Artículo 17.

⁶⁴⁷ Ley 1279, Artículo 2.

⁶⁴⁸ Ley 1279, Artículo 4.

Los árbitros podían ser recusados (o debían excusarse) de conformidad a las previsiones del Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia⁶⁴⁹.

El tribunal contaba con poderes decisorios, ordenatorios e instructorios, debiendo garantizar el derecho a ser oído de las partes, el acceso a la información y a la producción de pruebas⁶⁵⁰.

El laudo debía adoptarse por mayoría de votos y ser fundado, sobre la base de lo probado por las partes y la instrucción oficiosa del Tribunal⁶⁵¹, disponiendo - en su caso - la condena al pago de suma líquida (o las pautas para su liquidación) y plazo para su cumplimiento. La ejecución del laudo correspondía al Superior Tribunal de Justicia⁶⁵².

El Tribunal Arbitral tenía también competencia para conocer y decidir respecto de los recursos administrativos que se interpusieran contra las resoluciones dictadas por las autoridades competentes de las diversas ramas de la Administración Provincial y Municipal, en cuestiones que directa o indirectamente originen obligaciones de carácter pecuniario de los contratos de obra pública, en cuyo caso, su interposición llevaba implícita la renuncia automática toda otra vía impugnativa que pudiera corresponder⁶⁵³.

En materia recursiva se preveía la reconsideración contra resoluciones de mero trámite y autos interlocutorios⁶⁵⁴; mientras que contra las decisiones definitivas sólo se admitía la aclaratoria⁶⁵⁵. los precedentes en la materia del mismo TOP sostuvieron que como "...el Tribunal de Obras Públicas es un Tribunal Administrativo permanente, que aplica el procedimiento administrativo y que sus decisiones son actos administrativos finales, por lo que no puede confundirse con el juicio arbitral previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, no previendo su ordenamiento legal, recurso alguno - salvo el de aclaratoria ante el

⁶⁴⁹ Ley 1279, Artículo 5.

⁶⁵⁰ Ley 1279, Artículo 10.

⁶⁵¹ Ley 1279, Artículo 11.

⁶⁵² Ley 1279, Artículo 12 y Dto. 817/74, Artículo 37.

⁶⁵³ Ley 1279, Artículo 8 y Dto. 817/74, Artículo 19 y ss.

⁶⁵⁴ Dto. 817/74, Artículo 24.

⁶⁵⁵ Dto. 817/74, Artículo 35.

mismo Tribunal – contra sus decisiones finales (...) al dictar actos administrativos definitivos (...) se equipara en sus decisiones a las sentencias definitivas de los Tribunales Judiciales, lo cual lo coloca en la posibilidad del control jurisdiccional, por la vía extraordinaria intentada...”⁶⁵⁶.

Anteproyecto de Ley Tribunal Arbitral de Contratación Pública del Chaco:

Considero que es conveniente aplicar los resultados del presente trabajo en cuanto a las ventajas que presenta el arbitraje institucional para la resolución de controversias originadas en la contratación pública chaqueña, por lo que formulo el proyecto que expongo a continuación, que tiene sus fuentes en el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje de Perú⁶⁵⁷, así como en la Ley 27.449 de Arbitraje Nacional de la Argentina, del 04 de julio de 2018, publicada el 26 del mismo mes y año en el Boletín Oficial. Tiene como antecedente la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional adoptada por la Comisión de la ONU con las enmiendas de 2006, así como también recoge las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para la Américas.

En el mensaje de elevación del proyecto de ley (N°132/16, Expte. 228/16), se afirma que “el arbitraje se vislumbrará como un método para solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, sin desconocer que es un instituto que merece ser reconocido por su propio método”, añadiéndose que “responde a la necesidad de dotar a la República Argentina de un marco normativo que resultara adecuado para favorecer la elección por las partes de Argentina como sede de arbitrajes internacionales y que refleje la moderna concepción de esta forma de resolver conflictos, en sintonía con las legislaciones de la región y de buena parte del mundo”, agregando que “ con algunas adaptaciones que tienden a brindar coherencia al régimen jurídico argentino, reproduce sustancialmente el texto de la Ley de Modelo de Arbitraje Comercial Internacional adoptado por la CNUDMI en el año 1985, con las enmiendas aprobadas en el año 2006...la sanción de esta iniciativa legislativa pondrá a la República Argentina en el

⁶⁵⁶ Tribunal Arbitral de Obras Públicas del Chaco, Expte. N° 108/85, Resolución de fecha 09/12/1986.

⁶⁵⁷ N° 016-2004-CONSUCODE/PRE TUO.

elenco de países que ya han emprendido este camino de modernizar su legislación. Esos países son entre otros Brasil, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. También destaca ese mensaje que “al incorporación de la Ley Modelo...a nuestro ordenamiento jurídico...ubicará al país dentro de los países respetuosos de la seguridad jurídica, lo que permitirá, a su vez, a los inversores extranjeros contar con una herramienta fundamental con la que podrán, en su caso, hacer valer sus derechos dando prioridad al principio de autonomía de la voluntad...la ausencia de normas diferenciadas para el arbitraje internacional obstaculiza el desarrollo del arbitraje, dado que si bien en el arbitraje doméstico y en el internacional los objetivos son los mismos, las necesidades, la organización y la estructura de los juicios arbitrales es muy diferente, atento la complejidad de las operaciones comerciales internacionales”.

Texto del Anteproyecto de Ley:

LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DEL CHACO

SANCIONA CON FUERZA DE LEY

Artículo 1º. Competencia. Créase el Tribunal Arbitral de Contratación Pública del Chaco, con competencia en todo el territorio de la provincia para conocer y decidir, en única instancia, las cuestiones de carácter patrimonial que se susciten en materia de contrataciones y adquisiciones públicas en los términos de la Ley de Obras Públicas y de Administración Financiera de la Provincia del Chaco.

Artículo 2º. Principios generales. La función del Tribunal Arbitral de Contratación Pública se regirá por los siguientes principios:

- a) Se preservará la independencia que caracteriza y es inherente a todo método de prevención, gestión y solución de conflictos;
- b) Los conciliadores, árbitros, órganos y personal del Tribunal Arbitral, actuarán con ética y transparencia en el ejercicio de sus funciones, siendo neutrales e imparciales.

c) Las partes serán tratadas con igualdad en los procedimientos de conciliación y arbitraje por los conciliadores, árbitros, órganos y personal.

d) Las decisiones se adoptarán formando criterio de manera independiente, fundamentada y como resultado de la necesaria deliberación, conforme la naturaleza de cada método de prevención, gestión y solución de conflictos;

e) Se exigirá a las partes respetar los deberes de probidad, moralidad y buena fe, sancionándose todo abuso que se verifique en el procedimiento arbitral.

Artículo 3º. Finalidades. La actuación del Tribunal Arbitral de Contratación Pública colaborará para que en las contrataciones del Estado se:

a) Propenda hacia una máxima economía, eficacia y eficiencia;

b) Fomente y aliente la participación de proveedores y contratistas;

c) Promueva la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable;

d) Asegure la rectitud y la equidad en el proceso de contratación, para que el mismo goce de la confianza pública;

f) Garantice la transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública.

Artículo 4º. Características y Funciones. El Tribunal Arbitral de Contratación Pública es un órgano institucional, autónomo y especializado. Sus funciones son:

1) Organizar y administrar las conciliaciones y arbitrajes en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, que se le sometan por acuerdo de voluntades.

2) Integrar y administrar en un Registro las listas de conciliadores, árbitros y peritos.

3) Designar conciliadores y árbitros en las conciliaciones y arbitrajes que organice y administre así como en los casos en los que se haya previsto su intervención como entidad nominadora.

- 4) Resolver las recusaciones que se formulen en los arbitrajes que organice y administre, así como en los arbitrajes ad hoc en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado.
- 5) Realizar actividades de capacitación de conciliadores, árbitros y secretarios en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado y en materia de prevención, gestión y solución de conflictos.
- 6) Procurar la difusión de la conciliación y el arbitraje como métodos apropiados de solución de conflictos.
- 7) Prestar servicios de consultoría y elaborar estudios sobre los métodos apropiados de solución de conflictos.
- 8) Promover actividades de investigación y desarrollo sobre los métodos apropiados de solución de conflictos.
- 9) Celebrar convenios de cooperación con instituciones privadas y públicas para la difusión y desarrollo de los métodos apropiados de solución de conflictos.
- 10) Proponer las propuestas de normas y modificatorias que considere convenientes, sobre los métodos apropiados de solución de conflictos en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Artículo 5º. Sometimiento institucional. La adopción que hagan las partes, tanto del convenio arbitral tipo previsto en la presente, como de cualquier otro convenio arbitral o acuerdo complementario que encomiende la organización y administración del arbitraje al Tribunal Arbitral de Contrataciones Públicas del Chaco, determina la aceptación y aplicación de las disposiciones de este Reglamento y la sujeción a las decisiones de sus órganos.

El texto del convenio arbitral tipo que deberá ser promovido y difundido por la Secretaría del Tribunal Arbitral, por cualquier medio que considere conveniente, es el siguiente:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos

mediante arbitraje, bajo la organización y administración del Tribunal Arbitral de Contrataciones Públicas del Chaco y de acuerdo con su Reglamento.”

Las partes pueden también adoptar una cláusula de conciliación a cargo del Tribunal Arbitral de Contrataciones Públicas del Chaco, en cuyo caso procederá la conciliación en forma simultánea al trámite de las actuaciones arbitrales, salvo que expresamente las partes dispongan que se realice de manera previa. La cláusula de conciliación tipo y las reglas de conciliación serán aprobadas por la Secretaría del Tribunal Arbitral.

Artículo 6º. Estructura normativa. La estructura normativa cuya realización debe garantizar el Tribunal Arbitral es la siguiente:

- a) La legislación especializada sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.
- b) Las legislaciones especializadas sobre conciliación y arbitraje vigentes al momento de la aplicación de la presente.
- c) La presente y su reglamentación.
- e) El convenio arbitral suscrito entre las partes.

Artículo 7º. Registro. El Registro contiene información sobre los conciliadores, árbitros y peritos que cumplan con los requisitos establecidos en la presente y su reglamentación.

La designación de conciliadores, árbitros y peritos recaerá en personas con inscripción vigente y deberá hacerse preferentemente de manera secuencial y rotativa, salvo los casos de especialidad.

Para ser árbitro se requiere poseer título de abogado expedido por universidad nacional o revalidado en el país y de especialista en materia de contratación pública, tener 30 (treinta) años de edad, 10 (diez) años de ejercicio de la profesión como mínimo y 4 (cuatro) años de residencia en la provincia.

La información sobre la trayectoria, experiencia profesional y técnica de los conciliadores, árbitros y peritos será ordenada y clasificada por la Secretaría del

Tribunal Arbitral y se encontrará a disposición de las partes, con la finalidad de preservar la transparencia y facilitar la designación o elección que corresponda.

La incorporación al Registro supone el compromiso de participar en los cursos de especialización en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado y en materia de prevención, gestión y solución de conflictos, estando sujeta su inasistencia injustificada a las sanciones previstas en la reglamentación correspondiente.

Artículo 8°. Principios procesales. El procedimiento arbitral se regirá por los siguientes principios procesales:

- 1) Instrumentalidad y flexibilidad de sus formas;
- 2) Igualdad de trato para con las partes;
- 3) Bilateralidad de audiencia y contradicción;
- 4) Concentración, celeridad y eficiencia del trámite para la resolución del conflicto en un plazo razonable;
- 5) Confidencialidad;
- 6) Transparencia de los trámites.
- 7) Principio *favor arbitralis*.

Artículo 9°. Facultad del Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia competencia. El Tribunal Arbitral se encuentra facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre excepciones u oposiciones relativas al alcance, existencia, eficacia o validez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida.

A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.

La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo no entrañará “*ipso jure*” la nulidad de la cláusula compromisoria.

Artículo 10°. Sede arbitral. Para los arbitrajes que se tramiten en la ciudad de Resistencia, la sede del arbitraje será el local institucional del Tribunal Arbitral, donde deberán presentarse los escritos de las partes y comunicaciones de los árbitros, dentro del horario de atención de la institución y donde deberán realizarse las diligencias, audiencias y demás actuaciones arbitrales.

Para los arbitrajes que se tramiten fuera de la ciudad de Resistencia, la sede será la institución con la cual se hayan celebrado los convenios correspondientes.

Sin perjuicio de la sede institucional, el Tribunal Arbitral podrá establecer de manera excepcional un lugar diferente para determinadas actuaciones arbitrales, debiendo notificar a las partes con la debida anticipación.

El Tribunal Arbitral se encuentra facultado para usar medios electrónicos y avances tecnológicos que faciliten el desarrollo del arbitraje, en la presentación de escritos, comunicaciones y documentos, notificación de resoluciones, escritos, comunicaciones y documentos y para la realización de audiencias no presenciales o mediante teleconferencia simultánea, siempre que medie acuerdo expreso de las partes y de los árbitros y se cuente con el soporte técnico necesario, para no perjudicar la igualdad de las partes en el arbitraje.

Artículo 11°. Idioma. Las actuaciones arbitrales escritas y orales se cumplirán en idioma español. Toda actuación que sea presentada en idioma diferente, deberá contar con la traducción pertinente mediante los servicios de un traductor matriculado. Los costos que irroque la traducción serán asumidos por la parte interesada.

Artículo 12°. Notificaciones. Las notificaciones son por escrito y se considerarán recibidas mediante su entrega personal, por correo certificado o servicio de mensajería, bajo cargo, al destinatario en el lugar del domicilio señalado en el contrato o en el nuevo domicilio que se hubiera comunicado, de ser el caso.

Para los efectos del arbitraje, se tiene por debidamente notificada a la parte en el domicilio contractual, si es que no comunicó la variación de su domicilio. Sin

perjuicio de ello, la parte interesada deberá señalar el nuevo domicilio real o residencia habitual en la que deberá también notificársele o declarar bajo juramento que no lo conoce.

Siempre que medie autorización expresa de las partes, las notificaciones también podrán hacerse utilizando otros medios electrónicos que prevean su registro, en cuyo caso la notificación se tiene por recibida el día de emisión, de conformidad con el reporte electrónico correspondiente.

Artículo 13°. Plazos. Los plazos previstos en la presente o en su reglamentación se computan por días hábiles y comienzan a correr desde el día siguiente de producida la notificación. Si el último día de ese plazo es inhábil, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

Artículo 14°. Representación y asesoramiento. Las partes podrán estar representadas o asesoradas durante el arbitraje por personas de su elección, debidamente acreditadas ante el Tribunal Arbitral. Las actuaciones de las partes deberán contar con patrocinio letrado obligatorio.

Artículo 15°. Reserva. Durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, las partes, los árbitros y el personal del Tribunal Arbitral, se encuentran obligados a guardar reserva sobre todos los asuntos e información relacionados con el proceso.

La obligación de mantener reserva se extiende a los peritos, testigos, traductores y demás intervinientes circunstanciales durante y después de las actuaciones arbitrales, inclusive con posterioridad a la emisión del laudo.

Una vez expedido el laudo, la Secretaría del Tribunal Arbitral se encuentra facultada para sistematizar y estructurar criterios jurisprudenciales sobre la base de los laudos expedidos y, en su caso, disponer se publiquen extractos o la integridad de los mismos.

DEMANDA Y CONTESTACIÓN

Artículo 16°. **Demanda arbitral.** La parte interesada en iniciar el arbitraje deberá interponer su demanda arbitral ante la Secretaría del Tribunal Arbitral, la que deberá ponerla en conocimiento de la parte demandada.

Para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de interposición de la demanda ante la Secretaría del Tribunal Arbitral.

La demanda arbitral debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Identificación precisa de las partes, calidad en la que intervienen y señalamiento del domicilio donde llevar a cabo las notificaciones así como números telefónicos, fax y correos electrónicos, de ser el caso.
- b) Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan las pretensiones planteadas.
- c) Ofrecimiento de los medios probatorios que sustentan las pretensiones planteadas.
- d) Precisión del monto de la cuantía de las pretensiones y la calidad en la que se reclama o declaración de que se trata de una cuestión de puro derecho o de cuantía indeterminada.
- e) Referencia al convenio arbitral celebrado entre las partes.
- f) Designación del árbitro cuando se trate de tres árbitros y siempre que el convenio arbitral no disponga otra forma de designación o la indicación de que se trata de Árbitro Único o precisión respecto de cualquier otra forma de integración.
- g. Copia del Acta de Conciliación parcial, de ser el caso.
- h. Comprobante de pago de la tasa de presentación correspondiente.

La demanda que no cumpla con estos requisitos será observada por la Secretaría del Tribunal Arbitral, debiendo la parte demandante subsanar las observaciones en el plazo de tres (03) días de notificada, bajo apercibimiento de archivarse la misma.

Artículo 17°. Contestación de la demanda. Dentro del plazo de diez (10) días de notificada la demanda por la Secretaría del Tribunal Arbitral la parte demandada deberá presentar su contestación, la que debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Identificación de la parte, calidad en la que intervienen y señalamiento de domicilio donde llevar a cabo las notificaciones así como números telefónicos, fax y correos electrónicos, de ser el caso.
- b) Posición respecto de las pretensiones contenidas en la demanda y fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la contestación de la demanda.
- c) Ofrecimiento de los medios probatorios que correspondan.
- d) Precisión del monto de la cuantía de la materia controvertida o declaración de que se trata de una cuestión de puro derecho o de cuantía indeterminada.
- e) Designación del árbitro cuando se trate de tres árbitros y siempre que el convenio arbitral no disponga otra forma de designación o la indicación de que se trata de Árbitro Único o precisión respecto de cualquier otra forma de designación.
- f) Comprobante de pago de la tasa de presentación correspondiente.

La contestación de demanda que no cumpla con estos requisitos será observada por la Secretaría del Tribunal Arbitral, debiendo la parte demandada subsanar las observaciones en el plazo de tres (03) días de notificada. Si no se cumple con subsanar las observaciones, la contestación de demanda se tiene por no presentada, salvo en los supuestos del inciso e).

Artículo 18°. Reconvención y contestación. La reconvención sólo podrá interponerse con la contestación a la demanda, debiendo observarse los requisitos establecidos en el artículo 16°, en lo que fuera pertinente. Asimismo la contestación a la reconvención deberá presentarse dentro del plazo de diez (10) días de notificada la reconvención, debiendo observar los requisitos establecidos en el artículo 17°, en lo que fuera pertinente.

Artículo 19°. Oposiciones al arbitraje. Las oposiciones referidas exclusivamente a la competencia institucional del Tribunal Arbitral, deberán ser formuladas por la parte demandada dentro del plazo de cinco (05) días de notificada la demanda y serán puestas en conocimiento de la parte demandante, para que en el plazo de cinco (05) días exprese lo que estime conveniente a su derecho, luego de lo cual deberá ser resuelta dentro del plazo de diez (10) días, previo informe interno de la Secretaría.

En caso se declare fundada la oposición, se ordenará que las actuaciones arbitrales se archiven en forma definitiva; en caso se declare infundada la oposición, la parte demandada contará con un plazo de diez (10) días para que conteste la demanda.

Las oposiciones al arbitraje respecto de los alcances, inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, así como cualquier excepción a la competencia de los árbitros, deberán formularse con la contestación de la demanda o con la contestación a la reconvención.

El Tribunal Arbitral es competente para resolver las oposiciones al arbitraje, como cuestión previa o al momento de expedir el laudo.

Artículo 20°. Impugnaciones a los medios probatorios. Las impugnaciones a los medios probatorios deberán formularse con la contestación a la demanda o con la contestación a la reconvención, según sea el caso. Los medios probatorios de la contestación podrán ser impugnados dentro de los cinco (05) días de notificados, si no hubiere reconvención. Asimismo los medios probatorios de la contestación a la reconvención podrán ser impugnados dentro de los cinco (05) días de notificados.

En cualquier caso, la otra parte podrá expresar lo que estime conveniente a su derecho, dentro del plazo de cinco (05) días de notificada de las impugnaciones.

Las impugnaciones a los medios probatorios podrán ser resueltas en la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos o en el laudo, sin perjuicio de su actuación.

Artículo 21º. Formación y custodia del expediente arbitral. La Secretaría del Tribunal Arbitral tendrá a su cargo la formación y custodia del expediente arbitral, debiendo las actuaciones arbitrales obrar en sus archivos.

EL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 22º. Calidad y número de árbitros. Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta independencia, imparcialidad y absoluta discreción, debiendo observar las reglas de ética correspondientes a los principios rectores de la presente. Los conflictos serán resueltos por tres árbitros, salvo que las partes acuerden que lo sea por un solo árbitro que designen de conformidad de la lista existente.

Artículo 23º. Composición del Tribunal Arbitral. Cuando se trate de Árbitro Único, las partes deberán ponerse de acuerdo sobre su designación en el plazo de 05 (cinco) días, contados a partir de la notificación de la contestación a la demanda o de la contestación a la reconvencción, según sea el caso.

Cuando se trate de tres árbitros, cada parte designará un árbitro en la demanda y contestación respectivamente; y la Secretaria del Tribunal sorteará el Presidente de la lista correspondiente del Registro, dentro de los cinco días de entablada la litis mediante demanda y contestación.

Artículo 24º. Designación por Secretaría. La Secretaría del Tribunal Arbitral procederá a la designación del árbitro correspondiente, en caso que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del Árbitro Único o cuando una de las partes o ambas no cumplan con designar a su árbitro en la demanda y contestación o cuando los árbitros designados, en el plazo de cinco días señalado al respecto.

También procederá a la designación de árbitros, cuando las partes expresamente le confieran de plena conformidad ese encargo.

En cualquiera de los supuestos anteriores, los mismos serán designados por sorteo de la lista del Registro previsto en la presente. En la misma oportunidad y por la misma vía se elegirá el Presidente del Tribunal.

Artículo 25°. Comunicación a los árbitros designados. Una vez verificada la designación de árbitro, la Secretaría cursará a los árbitros designados una comunicación con la identificación de las partes, sus representantes y sus abogados patrocinantes o apoderados, una reseña sobre la materia controvertida, el monto total de la cuantía del conflicto y una liquidación preliminar de honorarios; también se pondrá a disposición de los árbitros el contenido del expediente que se haya formado.

En la misma comunicación se precisará cuándo vence el plazo para que el árbitro designado proceda a realizar la aceptación correspondiente y se acompañará el formato de deber de declaración que deberá suscribir.

Artículo 26°. Aceptación y deber de declaración. Dentro de los cinco (05) días de comunicada la designación a los árbitros, éstos deberán comunicar a la Secretaría su aceptación o inhibición al cargo o, de ser el caso, la información sobre circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación.

El deber de declaración que debe suscribir el árbitro designado con la aceptación del cargo comprende:

- a) La declaración bajo juramento de no tener impedimento alguno, directa o indirectamente, para ejercer el cargo, garantizando su independencia respecto de las partes y comprometiéndose a llevar a cabo el arbitraje con la debida neutralidad e imparcialidad.
- b) La declaración, bajo juramento, de conocer las disposiciones establecidas en la presente y su reglamentación, que posee la capacidad profesional de atender el arbitraje, con el nivel de especialización y dedicación requeridas, comprometiéndose a cumplir diligentemente con el encargo, dentro de los plazos correspondientes.

Asimismo, con su aceptación, el árbitro emitirá su conformidad con la liquidación preliminar de honorarios emitida por la Secretaría, sin perjuicio de los ajustes que tuvieran que hacerse durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

Artículo 27°. Inhibición y dispensa. Si el árbitro se inhibe del cargo, tratándose de Árbitro Único designado por las partes, de árbitro designado por una de las partes o de Presidente del Tribunal Arbitral designado por los árbitros, se les otorgará a las partes, la parte o los árbitros, según sea el caso, un plazo de cinco (05) días de comunicada la inhibición, para que designen un nuevo árbitro. Tratándose de árbitro designado por Secretaría/ Presidencia se procederá de inmediato a la designación de un nuevo árbitro.

Si el árbitro revela circunstancias que pueden dar lugar a una posible recusación, las partes tendrán un plazo de cinco (05) días para manifestar su dispensa en forma expresa. En caso se produjera la dispensa, el árbitro deberá comunicar su aceptación al cargo dentro de los tres (03) días de comunicada la dispensa y en caso ello no se produjera, para designar al nuevo árbitro, se aplicará lo dispuesto en el párrafo precedente.

Artículo 28°. Recusación. La recusación contra un árbitro podrá ser formulada por la parte interesada, cuando existan circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. Constituye también causal de recusación:

- 1) la participación como co-árbitro con el abogado de una de las partes en otro arbitraje en curso o que haya sido laudado en los últimos seis meses;
- 2) la participación como abogado en un arbitraje en curso o que haya sido laudado en los últimos seis meses en el que es o ha sido árbitro el abogado de una las partes.

En estos casos, la Secretaría del Tribunal Arbitral comunicará a las partes si los árbitros se encuentran incurso en esta causal de acuerdo a la información institucional que maneje.

Las recusaciones deberán formularse dentro de los cinco (05) días de haber sido notificadas las partes de la aceptación del cargo por el árbitro o del momento en que tomaron conocimiento de los hechos que configuran la causal sobreviniente y siempre que no haya vencido la etapa probatoria, debiendo sustentarse con las pruebas correspondientes y particularmente, acreditarse la forma, fecha y circunstancias en que se tomó conocimiento de la causal.

Los árbitros tienen la obligación de informar en cualquier estado del arbitraje y sin demora cualquier tipo de circunstancia sobreviniente que puedan dar lugar a una posible recusación o de incompatibilidad para ejercer el cargo. Las partes, en su caso, deberán dispensar de manera expresa al árbitro en un plazo de cinco (05) días de notificadas de esta circunstancia, de lo contrario se procederá a la sustitución del árbitro mediante el mismo procedimiento de su designación.

Artículo 29°. Trámite de la recusación. La recusación formulada deberá ser puesta en conocimiento del árbitro recusado y de la otra parte, para que en un plazo de cinco (05) días expresen lo que estimen conveniente. El árbitro recusado puede formular su descargo y/o proceder a su renuncia y la otra parte puede convenir en sustituir al árbitro. Si no se produce la renuncia del árbitro y si la otra parte no conviene en sustituirlo, los restantes árbitros del Tribunal resolverán la recusación en forma definitiva mediante resolución motivada dentro del plazo de diez (10) días de absuelto el traslado por el árbitro recusado y la otra parte o vencido el plazo para hacerlo.

Artículo 30°. Suspensión de las actuaciones. La recusación por causal sobreviniente no interrumpe la prosecución del arbitraje, salvo por decisión del Tribunal, sin el voto del árbitro recusado; o, cuando se trate de Árbitro Único y a solicitud de parte, por decisión de la Secretaría. El levantamiento de la suspensión que se disponga en cualquier caso, se producirá de manera inmediata y automática, una vez confirmado el árbitro en su cargo o producida su sustitución.

Artículo 31°. Sanciones pecuniarias. Si la recusación se declara infundada, la parte recusante deberá pagar en montos iguales al Tribunal Arbitral y a la otra parte, en

total, hasta un equivalente al 100% de la tasa de administración que corresponde al proceso arbitral, si la recusación suspendió las actuaciones arbitrales; o hasta un equivalente al 50%, si se prosiguió con las actuaciones arbitrales.

El monto que corresponde al Tribunal Arbitral se sumará a los gastos arbitrales que deberán pagarse junto con los anticipos correspondientes, mientras que el monto que corresponde a la otra parte deberá consignarse en el laudo a solicitud de ésta.

Artículo 32º. Sustitución de árbitro. Un árbitro puede ser sustituido en su cargo en los siguientes casos:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes comunicado a la Secretaría, antes de la notificación de la resolución que fija el plazo para laudar.
- b) Por declararse fundada una recusación en su contra.
- c) Por renuncia expresa debidamente justificada.
- d) Por inasistencia injustificada a dos Audiencias del Tribunal Arbitral a solicitud de parte.
- e) Por fallecimiento.

A excepción del caso de fallecimiento, el árbitro sustituido deberá devolver a las partes todo o parte de lo percibido por concepto de honorarios, según liquidación practicada por la Secretaría, quedando sujeto a las sanciones que se establezcan en la reglamentación, si no cumple con realizar las devoluciones.

Cuando sea necesario nombrar a un árbitro sustituto, se suspenderá el proceso arbitral, hasta recomponer el Tribunal Arbitral. Integrado el Tribunal Arbitral, éste decidirá a su entera discreción si habrán de repetirse o no determinadas actuaciones arbitrales, previa opinión de las partes y estará facultado para dejar sin efecto el plazo para laudar que hubiere empezado a correr, de ser el caso.

Artículo 33º. Reglas generales para las Audiencias. En las Audiencias sólo podrán participar los árbitros, el secretario, las partes, sus representantes, sus abogados y cualquier otra persona debidamente acreditada y citada por el Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral está facultado para realizar las actuaciones arbitrales en más de una audiencia y/o para suspender una audiencia en curso, debiendo señalar en el acta correspondiente la fecha y hora de continuación de la misma.

Toda Audiencia constará en un acta que deberá ser suscrita por todos los intervinientes, sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral puede disponer el uso de registros magnéticos y/o fílmicos en sustitución o de manera complementaria a las actas para la actuación de determinados medios probatorios, debiendo los costos ser sufragados por las partes en la forma que señale el Tribunal Arbitral.

Artículo 34°. Citación a la Audiencia de Instalación. Vencido el plazo para la recusación de los árbitros o reconstituido el Tribunal Arbitral y efectuados los anticipos previstos en la reglamentación, se convocará a las partes y a los árbitros a Audiencia para la instalación del Tribunal Arbitral y para que se proceda a determinar los puntos controvertidos y demás aspectos previstos en la presente. A tales efectos, las partes podrán presentar su propuesta de puntos controvertidos hasta un día antes de la realización de la Audiencia.

La inasistencia de una de las partes no impide la realización de la Audiencia, sin embargo, si ambas partes dejan de asistir, se citará a una nueva Audiencia y si en esta oportunidad no concurren, dispondrá el archivo de las actuaciones arbitrales, debiendo la Secretaría proceder a realizar la liquidación de los gastos arbitrales, conforme la reglamentación.

Para la instalación del Tribunal Arbitral se requiere la asistencia de todos los árbitros, si uno de los árbitros no asiste, se procederá a convocar a una nueva Audiencia.

Artículo 35°. Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos. En esta Audiencia los árbitros ratificarán la aceptación de sus cargos, resolverán sobre las oposiciones al arbitraje u objeciones a su competencia o se reservarán la decisión al momento de la expedición del laudo, determinarán los puntos controvertidos que deberán resolverse en el laudo, admitirán los medios probatorios ofrecidos por las partes y se pronunciarán sobre la actuación de los

medios probatorios impugnados; dispondrán la actuación de medios probatorios de oficio, sin perjuicio de hacerlo en cualquier etapa del proceso; establecerán las reglas especiales que se ajusten a las particularidades del conflicto, precisarán el monto de la cuantía de la o las materias controvertidas, ratificarán la liquidación de honorarios efectuada por la Secretaría y, en documento separado, fijarán un cronograma tentativo de las actuaciones arbitrales.

En caso los árbitros declaren fundada en esta Audiencia la oposición al arbitraje, dispondrán el archivo del proceso arbitral, debiendo la Secretaría proceder a realizar la liquidación de los gastos arbitrales conforme la reglamentación.

Artículo 36°. Audiencia de Pruebas. La Audiencia de Pruebas se realizará preferentemente en un solo acto, salvo que a criterio del Tribunal Arbitral sea necesaria la realización de audiencias especiales para la actuación de determinados medios probatorios.

Artículo 37°. Facultades probatorias de los árbitros. Los árbitros dirigen las audiencias y tienen facultades para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios conforme su sana crítica, para cuyos efectos podrán:

- a) Disponer las reglas para la designación de peritos, la actuación de las declaraciones de parte, declaraciones testimoniales, pericias e inspecciones.
- b) Ordenar de oficio en cualquier etapa del proceso la actuación de medios probatorios que estimen necesarios y que, incluso, no hayan sido ofrecidos por las partes.
- c) Dar por vencidos los plazos de etapas procesales ya cumplidas.
- d) Impulsar el proceso arbitral a pesar de la inactividad de las partes y dictar el laudo sobre la base de lo actuado.
- e) Prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no producidos, si se consideran adecuadamente informados.

f) Solicitar a las partes aclaraciones o informaciones en cualquier etapa del proceso arbitral, respecto de cualquier asunto que consideren relevante para la formación de criterio.

Artículo 38°. Costos de los medios probatorios. El costo que irroge la actuación de medios probatorios será asumido por la parte que solicitó su actuación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida, sin perjuicio de lo que se resuelva en materia de gastos en el laudo arbitral.

En el caso de medios probatorios ordenados de oficio, los gastos serán asumidos por ambas partes en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que se resuelva al respecto en el laudo arbitral.

Antes de proceder a la práctica de cualquier medio probatorio de oficio, las partes deben abonar el importe fijado por el Tribunal Arbitral, el que deberá ser suficiente para cubrir los honorarios y gastos correspondientes.

Artículo 39°. Alegatos e Informes Orales. Concluida la etapa de producción de medios probatorios, el Tribunal Arbitral concederá a las partes un plazo de cinco (05) días para que presenten sus alegatos escritos y las citará a una Audiencia de Informes Orales.

Artículo 40°. Plazo para laudar. Una vez presentados los alegatos o llevada a cabo la Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral expedirá la resolución que fija el plazo para laudar, el que no podrá exceder de veinte (20) días, pudiendo ser prorrogado por quince (15) días adicionales.

Artículo 41°. Reglas complementarias. El Tribunal Arbitral, en armonía con los principios generales y dentro del marco de la presente y su reglamentación, se encuentra facultado en todo momento para dictar las reglas que sean necesarias para el desenvolvimiento eficaz de un arbitraje en curso, velando porque el proceso se desarrolle bajo los principios de equidad y buena fe, promoviendo además la economía procesal, concentración, celeridad, inmediatez y confidencialidad, posibilitando en todo momento la adecuada defensa de las partes.

Artículo 42°. Conciliación dentro del arbitraje. El Tribunal Arbitral se encuentra facultado para promover la conciliación entre las partes en cualquier momento durante el desarrollo del arbitraje, asimismo las partes pueden pedir de común acuerdo que el proceso arbitral se suspenda mientras se lleve a cabo la conciliación.

Si antes de la expedición del laudo las partes concilian sus pretensiones, el Tribunal Arbitral dictará una resolución de conclusión del proceso arbitral, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada.

Si lo solicitan ambas partes y los árbitros lo aceptan, la conciliación constará en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará como tal.

Si la conciliación es parcial, el Tribunal Arbitral dejará constancia de dicho acuerdo en resolución, continuando el proceso arbitral respecto de los demás puntos controvertidos. El laudo arbitral incorporará necesariamente el acuerdo conciliatorio parcial.

En todos los casos, la Secretaría procederá a realizar las liquidaciones correspondientes conforme la reglamentación.

Artículo 43°. Rebeldía. Si una de las partes rehúsa o se abstiene de participar en el arbitraje o en cualquier etapa de éste, el proceso arbitral proseguirá y los árbitros se encuentran facultados para dictar el laudo correspondiente. Sin perjuicio de ello, esta parte puede apersonarse en cualquier momento durante el arbitraje, sujetándose a las resoluciones y actuaciones arbitrales, en el estado en que se encuentren.

Si una de las partes, sin invocar causa suficiente, no cumple con practicar los trámites que le corresponden o no hace valer sus derechos en la oportunidad y dentro de los plazos previstos, los árbitros continuarán con las actuaciones, sin que dicha omisión o incumplimiento se considere como una aceptación de las alegaciones de la otra parte.

Los actos que se realicen en forma extemporánea podrán ser admitidos y apreciados por el Tribunal Arbitral.

Artículo 44°. Medidas cautelares. Una vez iniciado el proceso arbitral, las partes sólo podrán solicitar medidas cautelares ante el Tribunal Arbitral, que es competente para resolverlas de manera definitiva, debiendo ofrecer una contra cautela para cubrir los daños y costos que dicha medida cautelar pueda ocasionar.

El Tribunal Arbitral antes de resolver deberá poner la solicitud en conocimiento de la otra parte, para que en un plazo de cinco (05) días pueda manifestar lo conveniente a su derecho. Sin embargo podrá adoptar una medida cautelar sin notificar a la parte afectada con la misma, cuando la parte solicitante demuestre la necesidad de proceder de esa forma para garantizar que la medida no se frustre. No obstante, en estos casos, podrá modificarse o dejarse sin efecto la medida cautelar una vez que la parte afectada haya sido notificada y, dentro de los cinco (05) días siguientes, haya manifestado lo conveniente a su derecho.

El Tribunal Arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares firmes dictadas por la autoridad judicial antes del inicio del proceso arbitral y cuenta con facultades para ejecutar sus propias medidas cautelares, salvo en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública.

Artículo 45°. Desistimiento y suspensión voluntaria. En cualquier momento, antes de la notificación del laudo, las partes pueden desistir del arbitraje o suspender el arbitraje por un plazo determinado, que deberá ser comunicado al Tribunal Arbitral.

En caso de desistimiento, y salvo pacto en contrario entre las partes, los gastos del arbitraje serán asumidos por éstas en iguales proporciones y de conformidad con la liquidación que practique la Secretaría conforme la reglamentación.

Artículo 46°. Recurso de Reposición. Contra las resoluciones distintas al laudo procede sólo la interposición del recurso de reposición ante el propio Tribunal

Arbitral, dentro de los tres (03) días siguientes de notificada la resolución recurrida. El recurso deberá ponerse en conocimiento de la otra parte por el plazo de tres (03) días para que exprese lo que estime conveniente, luego del cual el Tribunal Arbitral resolverá dentro de los cinco (05) días siguientes.

LAUDO ARBITRAL

Artículo 47°. Mayoría de concurrencia y mayoría para resolver. El Tribunal Arbitral funcionará con la concurrencia de la mayoría de los árbitros, salvo para laudar y podrá delegar en uno o dos de sus miembros la realización de determinadas actuaciones arbitrales.

Todas las resoluciones y el laudo arbitral se dictarán por mayoría de votos de los árbitros. En caso de falta de mayoría, decide el voto del Presidente del Tribunal Arbitral.

Los árbitros no pueden abstenerse o inhibirse de votar al momento de laudar y están obligados, de ser el caso, a expresar y sustentar su voto en discordia, el mismo que será notificado a las partes junto con el laudo.

Artículo 48°. Condiciones para laudar. El Tribunal Arbitral podrá proceder a laudar, siempre que considere que los medios probatorios producidos permiten la formación de criterio para resolver el conflicto.

Artículo 49°. Contenido del laudo. El laudo expedido por el Tribunal Arbitral debe tener la siguiente estructura y contenido:

a) Una parte expositiva, en la que se indiquen los antecedentes, un resumen de las alegaciones y posiciones de las partes y la determinación de los puntos controvertidos.

b) Una parte considerativa, en la que se desarrolla el análisis de cada uno de los puntos controvertidos, la evaluación y valoración de los medios probatorios en que se sustente la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones y defensas de las partes.

c) Una parte resolutive, en la que se expone la decisión del Tribunal Arbitral respecto de cada uno de los extremos del petitorio y donde se detallará, de ser pertinente, lo que las partes deben hacer o dejar de hacer para cumplir con el laudo en todos sus extremos.

Artículo 50. Gastos del arbitraje y laudo. El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral. En caso contrario, previa liquidación de la Secretaría, decidirá quién debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.

Los gastos arbitrales comprenden los rubros detallados en el Artículo 60° así como cualquier multa o sanción que el Tribunal Arbitral haya aplicado u ordenado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

Artículo 51°. Depósito y notificación del laudo. Los árbitros deberán depositar el laudo en la Secretaría dentro del plazo para expedir el laudo y deberá ser notificado a las partes en un plazo no mayor a cinco (05) días a partir de su depósito.

La falta de depósito del laudo dentro del plazo correspondiente o, de ser el caso, del voto en disidencia y de la observancia de los requisitos que hacen a su contenido, determina la aplicación de sanciones a los árbitros de conformidad a la reglamentación de la presente.

Artículo 52°. Corrección, integración y aclaración del laudo. Dentro del plazo de cinco (05) días de notificado el laudo, las partes podrán pedir al Tribunal Arbitral la corrección, integración y/o aclaración del laudo que consideren conveniente. Los recursos de corrección podrán ser resueltos de plano por el Tribunal Arbitral en el plazo de cinco (05) días de interpuestos. Los recursos de integración y aclaración deberán ponerse en conocimiento de la otra parte para que en un plazo de cinco (05) días exprese lo que estime conveniente, luego del cual el Tribunal Arbitral resolverá dentro de los diez (10) días siguientes.

De oficio el Tribunal Arbitral podrá corregir, integrar o aclarar el laudo dentro de los cinco (5) días de notificado el mismo, siempre que no estuviere expresamente consentido por las partes.

Las correcciones, integraciones y aclaraciones del laudo dispuestas por el Tribunal Arbitral forman parte del laudo.

Artículo 53º. Efectos y ejecución del laudo. El laudo arbitral es definitivo e inapelable y tiene el valor de cosa juzgada.

Los árbitros se encuentran facultados para ejecutar sus propios laudos, salvo en aquellos supuestos que requieran el auxilio de la fuerza pública, en cuyo caso la parte interesada deberá solicitar la ejecución forzosa ante la autoridad judicial correspondiente.

En los supuestos de ejecución del laudo por los árbitros, excepcionalmente y de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, se podrán liquidar honorarios adicionales para los árbitros.

Artículo 54º. Recurso de Anulación. Contra el laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal judicial mediante recurso de nulidad.

Artículo 55. Causas de nulidad. El laudo sólo podrá ser anulado por el tribunal judicial cuando:

- a) La recurrente acredite:
 - 1) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad o restricción a la capacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a ese respecto, en virtud de la ley Argentina; o
 - 2) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales y no ha podido hacer valer sus derechos; o
 - 3) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a la

cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

- 4) Que la constitución del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes o a la presente, según el caso; o
- b) El tribunal judicial compruebe:
- 1) Que, según la ley Argentina, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - 2) Que el laudo es contrario al orden público argentino.

Artículo 56°. Plazo y requisitos de interposición. La nulidad deberá interponerse ante el tribunal judicial correspondiente, debidamente fundado dentro de los quince (15) días contados a partir de la fecha de la notificación del laudo o su corrección, aclaración o integración.

Del mismo se dará traslado a la parte contraria para que lo conteste en el término de diez (10) días.

Artículo 57°. Deber de afianzar. Para interponer recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida.

La parte impugnante deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el Tribunal Arbitral la interposición de este recurso al día siguiente de vencido el plazo para interponerlo. En caso contrario éste podrá, a solicitud de parte, proceder a su ejecución.

Si el recurso de anulación es desestimado, la autoridad judicial correspondiente deberá ejecutar la fianza bancaria constituida a la parte vencedora. En caso contrario se devolverá la fianza bancaria a la parte recurrente.

Artículo 58°. Competencia del tribunal judicial. A pedido de parte, el tribunal judicial podrá suspender las actuaciones que tramiten ante sí en virtud del recurso de anulación, por el plazo que estime necesario, para dar al Tribunal Arbitral la

oportunidad de adoptar las medidas necesarias para eliminar los motivos en que se funda el recurso de nulidad.

El recurso de nulidad será resuelto por la Cámara en lo Contencioso Administrativo.

Si anulare el laudo por vicios propios de éste o por vicios graves de procedimiento, remitirá el expediente al Tribunal Arbitral para que, integrado debidamente, dicte un nuevo laudo.

Artículo 59°. Conservación del expediente. El expediente será conservado por la Secretaría del Tribunal Arbitral, salvo en los casos de protocolización del laudo, pudiendo disponer de su contenido con fines académicos, así como de investigación y desarrollo.

Los documentos originales que formaron parte del expediente arbitral podrán ser devueltos a las partes, siempre que se sustituyan con copias certificadas notarialmente o por la Secretaría.

REGLAS DE ADMINISTRACION Y APLICACIÓN DE ARANCELES

Artículo 60. Tabla de Aranceles. La Tabla de Aranceles, base para el cálculo de la retribución económica por los servicios de conciliación y arbitraje, comprende los siguientes cuatro rubros:

- a) Honorarios de los conciliadores.
- b) Honorarios de los árbitros.
- c) Gastos administrativos por organización y administración de conciliaciones.
- d) Gastos administrativos por organización y administración de arbitrajes.

La Tabla de Aranceles será aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Tribunal Arbitral y puede incluir en un Apéndice el monto que corresponda por concepto de presentación de solicitudes de conciliación, demanda y contestación y expedición de copias certificadas de las actuaciones arbitrales de las partes.

Artículo 61º. Gastos Arbitrales. Los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del Tribunal Arbitral.

Las tasas por concepto de presentación de demanda y contestación, respectivamente, constituyen montos no reembolsables y se imputará a cuenta de los gastos administrativos que se determinen mediante las liquidaciones correspondientes.

Los gastos derivados de medios probatorios ordenados de oficio, servicios de filmación de las Audiencias, digitalización, teleconferencia y demás gastos, no están incluidos en los gastos administrativos, de manera que deberán ser asumidos directamente por las partes según lo dispuesto por el Tribunal Arbitral.

Artículo 62º. Liquidación de Gastos Arbitrales. La Secretaría del Tribunal Arbitral, vencidos los plazos para la interposición de la demanda y la contestación y, en su caso, la reconvencción y su contestación, liquidará los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos en función de la cuantía de la controversia y en aplicación de la Tabla de Aranceles vigente a la fecha del inicio del proceso arbitral.

Los gastos arbitrales deberán ser pagados en proporciones iguales por las partes, en dos o más anticipos durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, según la oportunidad y forma que se señale en la liquidación respectiva. El primer anticipo de los honorarios y gastos administrativos deberá hacerse de manera anterior a la convocatoria a la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos.

La Secretaría del Tribunal Arbitral podrá fijar los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos, en un monto superior o inferior al que resulte de la aplicación de la Tabla de Aranceles, siempre que lo considere necesario, en atención a las circunstancias particulares del caso y cuando favorezca el desarrollo del proceso arbitral. En este caso, la Secretaría procederá a realizar la liquidación final de los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos y determinará la forma y oportunidad de pago correspondiente.

Artículo 63. Liquidaciones especiales. En los casos en los que no exista una cuantía determinada, la Secretaría del Tribunal Arbitral liquidará los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos en función a las características particulares del caso y atendiendo a la complejidad de la materia, los que deben ser pagados en proporciones iguales por las partes en dos o más anticipos durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, según la oportunidad y forma que se señale en la liquidación respectiva.

La Secretaría del Tribunal Arbitral cuenta con atribuciones para realizar liquidaciones de los gastos arbitrales por separado para las partes, en función de la calidad y cuantía de las pretensiones reclamadas por cada una de ellas; así como para liquidar los gastos arbitrales en los demás supuestos previstos en la presente y/o en su reglamentación, tomando en cuenta el trabajo realizado por los árbitros y los gastos administrativos en los que se hubiera incurrido.

Artículo 64°. Reglas de Pago. Las partes deberán pagar los montos señalados en las liquidaciones en un plazo de diez (10) días de notificados por la Secretaría y durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

En el caso del primer anticipo, si una o ambas partes no cumplen con realizar los pagos correspondientes, la Secretaría no convocará a la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos, hasta que las partes cumplan con sus obligaciones respectivas o la parte interesada en el desarrollo del arbitraje asuma el monto del anticipo que le corresponda a la otra parte, con cargo a los gastos que se fijarán en el laudo arbitral, más sus respectivos intereses, salvo que se trate de liquidaciones separadas en cuyo caso, el proceso continuará con las demandas o reconveniciones respecto de las cuales los anticipos que corresponden han sido cubiertos.

En el caso de los demás anticipos, si una o ambas partes no cumplen con realizar los pagos correspondientes, el Tribunal Arbitral ordenará la suspensión del proceso hasta que la parte interesada en el desarrollo del arbitraje asuma el monto que le corresponda a la otra parte, con cargo a los gastos que se fijarán en el laudo arbitral

más sus respectivos intereses, salvo que se trate de liquidaciones separadas en cuyo caso, la demanda o reconvención que no haya sido cubierta con los anticipos que corresponden se considerará retirada, sin perjuicio del derecho de la parte interesada de volver a presentar con posterioridad una nueva demanda o reconvención en otro proceso.

Si transcurridos treinta (30) días de vencido el plazo señalado en el primer párrafo, las partes no cumplen con realizar los pagos correspondientes, la Secretaría o el Tribunal Arbitral, según sea el caso, ordenará el archivo de las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de los alcances y efectos del convenio arbitral.

Artículo 65°. Gastos de conciliación. Los servicios de conciliación comprenden los honorarios de conciliadores y los gastos administrativos correspondientes que serán liquidados por la Secretaría conforme a la Tabla de Aranceles; los que deberán ser asumidos en proporciones iguales por las partes, en la forma, plazo y oportunidad de pago que se determine.

La parte interesada en la conciliación podrá asumir el 100% de los honorarios del conciliador y los gastos correspondientes. La falta de pago, en cualquiera de las formas aprobadas por la Secretaría, determina que ésta se abstenga de entregar la documentación que soliciten las partes, inclusive el documento que acredite el acuerdo o las copias certificadas del mismo.

Artículo 66°. Pago por entidades públicas. Las entidades públicas pagarán directamente los gastos de conciliación y arbitraje de acuerdo a las liquidaciones correspondientes que emita la Secretaría.

Artículo 67°. Normas supletorias. Supletoriamente y en cuanto fueren compatibles, serán de aplicación el convenio arbitral suscrito entre las partes, las normas pertinentes sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, la normas que regulan el Arbitraje en el Código Civil y Comercial de la Nación y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco y, en última instancia, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

Disposición Transitoria

Cuando las partes han acordado recurrir al arbitraje según los términos de la presente, se someten por ese solo hecho a la Ley vigente a la fecha de inicio del proceso arbitral, a menos que hayan acordado expresamente someterse al texto vigente a la fecha del convenio arbitral.

Artículo 68º. De forma.

Fundamentos

“Se ha dicho que, en la construcción, el pleitear es endémico y que, tanto en periodos de abundancia como de recesión, los litigios constituyen un aspecto normal en la vida de esta industria. Rara es la construcción en la que no surja alguna disputa entre sus actores. El arbitraje es el método tradicionalmente preferido para dirimir las cuestiones y divergencias que surgen en la industria de la construcción. Prácticamente todos los contratos de construcción contienen una cláusula arbitral”⁶⁵⁸.

Si lo anticipado vale para la construcción en sentido amplio, con mayor razón aún se aplica para la contratación pública como género y para los contratos que versan sobre obra pública, específicamente.

La complejidad de la contrata, el hecho de que intervenga el Estado, que los fines que se persigan tengan por norte el interés y bien público, sumado a los volúmenes económicos en juego, aconsejan en el particular acudir a métodos distintos de la justicia ordinaria para procesar y, a la postre, resolver los conflictos que se suscitan en esta materia⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ MULLERAT, Ramón. “Las disputas en la construcción precisan métodos alternativos de solución de conflictos. ¿Es el arbitraje un método idóneo?”, <http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/12/Comunicaci%C3%B3-Sr.-Mullerat-2009.12.15.pdf>

⁶⁵⁹ “Las disputas en las construcciones modernas ofrecen algunas peculiaridades, por cuanto: a. Estas construcciones constituyen operaciones complejas que involucran a múltiples personas o empresas: arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros, geólogos, calculistas, contratistas y multitud de subcontratistas (yeseros, pintores, electricistas, técnicos en calefacción, aire acondicionado, etc.). b. Intervienen numerosas culturas y derechos. Imaginemos, por ejemplo, una construcción en Arabia Saudita, cuyo dueño del solar es egipcio, el promotor es libanés, el constructor español, el arquitecto indio, los materiales fabricados en la China y Corea, los principales subcontratistas argentinos, la financiación prestada por un banco alemán y el seguro por una compañía de seguros inglesa. Esta complejidad requiere acudir al arbitraje internacional. c. La

Sostengo que esto es lo mas conveniente, sobre la base de considerar que las ventajas evidenciadas por los países cuyos regímenes jurídicos lo contemplan y usufructúan⁶⁶⁰, pueden ser conseguidas también en el orden provincial chaqueño, siempre que se realice un programa de difusión, concientización y capacitación destinado a que los operadores jurídicos conozcan el arbitraje y sus ventajas, tratan de impedir de la misma manera, las malas prácticas que pueden también obstar a la idoneidad y eficacia de esa institución⁶⁶¹.

Alcanzar una *más* pronta y útil resolución del conflicto, por intermedio de un órgano institucional, autónomo e independiente; integrado por expertos en la materia a decidir, producto de un procedimiento flexible y económico al que se

industria de la construcción es muy litigiosa. Los litigios suelen tener gran importancia económica y graves consecuencias para la obra y pueden reducir parte de los beneficios. d. Los principales conflictos se dividen en dos categorías: conflictos por defectos y conflictos por demoras (demoras en la entrega total o parcial de la obra y demoras en el pago). e. El derecho de la construcción no suele enseñarse en las escuelas de derecho, salvo en pocos países, como Inglaterra, donde se enseña en algunas instituciones como el Centre of Construction Law and Management del King Collage de Londres. Existen también firmas de abogados especializadas en derecho de la construcción y, dentro de ellas, en la defensa de los intereses de los promotores, de los contratistas, de los ingenieros, etc. f. Competencia sobre el control del proceso. Existe una doble pugna sobre quién debe controlar los arbitrajes en la construcción: primero, pugna entre los abogados y los no-abogados (arquitectos, ingenieros) y, segundo, entre los abogados que trabajan en el derecho de la construcción y los generalistas”, MULLERAT Ramón, Ídem nota anterior.

⁶⁶⁰ “En países con mayor cultura arbitral, algunas de las instituciones arbitrales han adoptado reglas específicas para la construcción. Este es el caso, por ejemplo, de la Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures de la American Arbitration Association (AAA), las Home Construction Arbitration Rules and Mediation Procedures de la ABA y las de las JAMS Engineering and Construction Arbitration Rules and Procedures (revisadas en Junio de 2008) en los EEUU; de las Arbitration Rules de la Society of Construction Arbitrators (SCA), del Standard Form of Building Contract publicado por el Joint Contracts Tribunal (JCT) llamado también el RIBA Contract en Inglaterra. La Institution of Civil Engineers Conditions of Contract (ICE) del Scottish Construction Arbitration Code preparado por el Chartered Institute of Arbitrators de Escocia y los contratos estándar de la Federation International des Ingenieurs-Conseils (FIDIC) (denominados el "Libro Rojo"), etc. Todas estas reglas contienen indefectiblemente cláusulas de arbitraje”, MULLERAT Ramón, Ídem nota anterior.

⁶⁶¹ “La principal crítica se centra en los defectos del arbitraje en general y que el arbitraje en la construcción ofrece cada vez menos las ventajas de menor tiempo y coste que los usuarios esperan de él. Se censura que los abogados de las partes malgastan gran cantidad de tiempo en materias menores a veces olvidando otras más importantes, especialmente en la fundamentación y la prueba de los hechos, aportando mucha más información de la que el árbitro necesita y tratando de embarazar a los testigos con contradicciones poco importantes. Se trata de lo que se denomina la “judicialización del arbitraje”, en el sentido de que los abogados se han apropiado del arbitraje introduciendo en el mismo técnicas y estrategias propias de los juicios ante los tribunales estatales (largos escritos de alegaciones, numerosos testigos, prolongadas deposiciones y extensísimos peritajes) y por ello los procesos arbitrales se complican, prolongan y encarecen. Institut pour l'Arbitrage International (AIA), “Les premières applications du réglément de référé-arbitral de la CCI. Comment prendre des mesures conservatoires efficaces dans le commerce international”, seminario 31 mayo 2002. 56 Arbitration, “Are Lawyers Killing Arbitration?, 1981, 58, p. 128. John Flood and Andrew Caigerf, op cit. 18. Por eso últimamente el arbitraje ha sido denominado por algunos “litigio disfrazado” (litigation in another guise)...”, MULLERAT Ramón, Ídem nota anterior.

acude voluntariamente, respetuoso de todas las garantías que determinan un debido proceso, con control ulterior y suficiente por parte del poder jurisdiccional del Estado, es la finalidad de la iniciativa legal que aquí se propone⁶⁶², aprovechando la realización de esta tesis para tratar de brindar una mejora sustentable en la resolución de los conflictos derivados de la contratación pública chaqueña.

Abonando las virtudes de los ADR/MARC, no se puede dejar de recordar que incluso al tratarse en el seno de la Cámara de Diputados del Chaco, la derogación de la Ley de creación del Tribunal de Obras Públicas del Chaco (y que luego se convertiría en Ley N° 4.289, B.O. 6988, de fecha 24/05/1996) se sostuvo “...que en el marco de reestructura y reforma del Estado, que está efectuando el Poder Ejecutivo, ha considerado la necesidad de derogar esta ley, **sin perjuicio de que, en el futuro, se organice alguna instancia de conciliación o de mediación que agilicen o faciliten los procesos judiciales y administrativos, adecuados a las nuevas formas...**” así como también se manifestó que “...seguimos creyendo que **el arbitraje y la mediación son métodos de solución alternativos de los conflictos que reducen la litigiosidad, que son más económicos (...) consideramos que el sistema (en alusión al arbitraje) es el adecuado y el que debe ser utilizado en el futuro, para lograr mayor eficiencia...**” (Discurso de la Diputada Baroni).

Es que las críticas y quejas que llevaron a la derogación de la Ley del Tribunal de Obras Públicas del Chaco, se fundaban en denuncias relacionadas con el cobro de comisiones y dádivas por parte de los integrantes que componían esa institución, y no en la eficacia o eficiencia de su trabajo, aunque nunca fue de los

⁶⁶² Pero si los arbitrajes en materia de construcción son muy utilizados localmente, mucho más lo son los internacionales por diversos motivos. En primer lugar, la neutralidad puesto que, en los arbitrajes internacionales concurren diversas leyes “extranjeras” en materia civil, comercial, administrativa, fiscal, aduanera, laboral, concesiones, etc. En segundo lugar, en las disputas internacionales es difícil la cooperación entre partes y árbitros al pertenecer a culturas jurídicas distintas y especialmente el common law y el civil law, con sus distintos enfoques de la prueba, del examen de testigos, del tratamiento de los documentos, de la actitud del tribunal, etc.. Además, si las empresas temen siempre acudir a un tribunal, mucho más si éste es extranjero, del que las partes temen una posible parcialidad, no necesariamente por falta de independencia, sino por ser más fácil la comprensión de las pretensiones locales (court advantage). En tercer lugar, por lo que respeta a la ejecución de los laudos, el Convenio de Nueva York 1958 facilita la obtención del reconocimiento y ejecución de los dictados en el extranjero siendo los motivos para oponerse muy restringidos. Finalmente, por su flexibilidad, no sólo del procedimiento en sí, sino de la posibilidad de fijar el tiempo, el lugar y la forma de las audiencias, MULLERAT Ramón, Ídem nota anterior.

mejores, ateniéndose a las declaraciones de los abogados especializados en la materia, así como en el Consejo de Abogados y Procuradores de Resistencia.

Aquél panorama de futuro que se auspiciaba, cuando se derogó la Ley mencionada, puede presentarse como la oportunidad del presente. Realidad ésta que reclama soluciones cada vez más específicas, para responder al abanico de conflictividades que evolucionan en cantidad y complejidad.

Desandar el camino en éste sentido nos quitará de la retaguardia en la que nos encontramos⁶⁶³, sin perjuicio de los avances normativos de los que somos testigos y que han sido puestos de relieve en la tesis.

En conclusión creo que las palabras con que Caivano describe el estado de situación en este punto justifican, por su claridad y contundencia, que sean aquí transcritas:

“Que la legislación argentina sobre arbitraje es inapropiada no es una afirmación que pueda discutirse seriamente. Tampoco lo es que una reforma legislativa aparece como imperiosa, y urgente, salvo que no exista interés en que el arbitraje tenga un “desarrollo sustentable” en nuestro país. Con la legislación actual podremos seguir como hasta ahora: “vegetando” y “a los tumbos”, con un relativamente escaso nivel de utilización del arbitraje y teniendo que padecer decisiones judiciales que, cada tanto, nos hacen recordar la obsolescencia de nuestro sistema legal. Pero no podremos exhibir el crecimiento exponencial que ha tenido el arbitraje en países como Brasil y Perú, o el que se espera en Chile para los próximos años. Sencillamente porque, en esos casos, el punto de partida, la palanca sobre la que se impulsó ese crecimiento, fue la modernización de sus leyes de arbitraje”⁶⁶⁴.

Propongo entonces dar este paso adelante en procura de ese horizonte que permitirá además, que aquellos contratistas del Estado que piden nuevas

⁶⁶³ CAIVANO, Roque. La obsolescencia den la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Edición de Diciembre, 2011, t. 71, Nº 2, p. 63-73.

⁶⁶⁴ CAIVANO, Roque. ob. cit., p. 73.

herramientas para resolver los conflictos que no sean los procesos judiciales, con costos menores y mayor celeridad, tengan una alternativa efectiva.

Por lo que de compartirse los fundamentos que anteceden, el proyecto que acompaño se sancione con fuerza de ley.

Bibliografía

A

Ackerman, S. R. 2001. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma.* Siglo XXI, Madrid, Capítulo 1.

All P. y Rubaja N. 2018, *Habemus Ley de Arbitraje Comercial Internacional.:* Rev. La Ley, 3/09/18.

Alonso, L. 2017. *Argentina y su camino de la integridad y la transparencia hacia el desarrollo sostenible.* [En línea] World Economic Forum, 8 de diciembre de 2017. <https://www.weforum.org/es/agenda/2017/12/argentina-y-su-camino-de-la-integridad-y-la-transparencia-hacia-el-desarrollo-sostenible/>.

Álvarez Gendín, S y Blanco S. 1961, *La especialización de los tribunales contencioso administrativos.* 22, Revista de administración pública, 1961, Vol. 35. España. Dialnet.

Anaya, J. L. 2007, *Arbitraje societario.* Revista de Derecho Procesal. T. I, abril 2007. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

Anticorrupción, Oficina. 2017. *Argentina presentó el sistema de compras electrónicas ante la OEA.* <https://www.argentina.gob.ar/noticias/argentina-presento-el-sistema-de-compras-electronicas-ante-la-oea-1>.

Arazi, R. 2010. *Negociación: Una forma adecuada de resolver los conflictos.* Revista de Derecho Procesal 2. *Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2010.

Argandoña, A. 2006. *La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales.* Navarra: Universidad de Navarra, 2006.

Armstrong, E. 2005. *Integrity, Transparency and Accountability in Public Administration: Recent Trends, Regional and International Developments and Emerging Issues.* [En línea] Economic & Social Affairs. August: United Nations, 2005. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan020955.pdf>.

Auby, J-B. 2001. *Globalización o descentralización,* Revista de la Administración Pública, n°156, p. 7, nota 1,

Aymerich Cano, C. 2015. *Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas.* n° 45-46 : Revista Aragonesa de Administración Pública, 2015. Zaragoza, p. 210 y nota 1.

B

Baer, S. 2004. *Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältniss zur Rechtsdogmatik, en Schmidt-Abmann y Hoffmann-Riem (coords.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft.* s.l. : Nomos, Baden-Baden, 2004.

Báez, J.C., Grisetti, R.A. 2016. *Las nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada.* ISSN 0034-7914, Nº. 3, 2016, pp. 217-260, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2016, España.

Balbín, C.F. 2018. *Manual de Derecho Administrativo.* La Ley, 2018. Buenos Aires.

Ballesteros Panizo, I. 2017. *Tesis doctoral: El arbitraje de derecho público.* Barcelona: Universidad Internacional de Cataluña.

Barona Vilar, S. 2011. *Comentarios a la Ley de Arbitraje /Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 2011, de 20 de mayo.* Ed. Reviuw, Civitas Ediciones, 2011. España.

Barra, R. 1980. *Principios de derecho administrativo.*Ed. Abaco Buenos Aires. 1980.

— . 2007. *Tratado de derecho administrativo.* Buenos Aires : Abaco, 2007.

— . 2007/11. *Tratado de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Abaco, 2007/11.

Bercaitz, M. 1980. *Teoría General de los Contratos Administrativos.* Ed. Depalma, 1980. Buenos Aires.

Bergson, H. 1985. *La evolución creadora.* Buenos Aires: Planeta, 1985.

Berizonce, R. O. 1999. *Los medios alternativos de solución de conflictos. Derecho Procesal Civil.* La Plata: 1999.

Bezzi, O. 1981. *El contrato de obra pública.* Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981.

Bielsa, R. 1955. *Derecho Administrativo.* Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955.

Boletín Oficial de la República Argentina. 1997. [En línea] 1997. <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!Portada/Primera/all/19970117> .

Bustingorry R. 2017. *Arbitrajes en Argentina en contratos público-privados*. Revista de Arbitraje de la comunidad ibeoamericana. <http://ciarglobal.com/rodrigo-bustingorry-arbitraje-en-argentina-en-contratos-publico-privados/>

C

Caivano, R. 1994. *Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 1994.

– **.2002.** *Arbitraje en la Argentina, fortalezas y debilidades*. Buenos Aires : El Derecho, 2002.

– **. 2008.** *El control judicial del arbitraje. Apuntes para una reforma de la legislación Argentina, Rev. La Ley, T. 2008-D-1274.*

– **. 2010.** *Negociación, Mediación y Arbitraje: variantes a interacciones*, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

– **. 2011.** *Control Judicial en el arbitraje*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

– **. 2011.** *La obsolescencia de la legislación Argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente*. Diciembre, s.l. : Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 2011, Vol. 71.

Caparros, E. A. F. 2004. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Madrid: Ratio Legis, 2004.

Capelleti, M. y Garth, B. 1982. *El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general*. La Plata : Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1982.

Casini, L.. 2015. 20, s.l. : *International Journal of Constitutional Law*, 2015, Vol. 13, pp. 473-474 y 477.

– **.2016.** *Global administrative law: cases, materials, issues*. 2016.

Cassagne, J. C. 2009. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

– **.2010.** *Principles of Global Administrative Law*. [aut. libro] Robalino J. Rodriguez-Arana. London: Cameron & cMay, 2010.

– **.2011.** *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2011.

Cassese, S. 1996. *L' architettura costituzionale della Comunita europea dppo Maastricht e il posto dei poteri local*. Milán, 1996.

–. **2005** *Administrative law without the state-The challenge of global regulation*, New York 2005, pp. 663-694.

–. **2005**. *Global standards for national administrative procedure*, 2005, pp. 109-126.

–. **2005**. *Il diritto Administrativo Globale: una introduzione*, conferencia del 10/01 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma. 2005.

–. **2009**. *Il diritto a la buona amministrazioni..* **2009**. N° 3: *European Review of Public Law*, 2009, Vol. 21.

Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. 2009. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra, 2009.

Cedeño Hernán M. 2011, *La reforma de la Legislación Arbitral por la Ley 11/2011 y la Ley Orgánica 5/2011* Foro. 13, Nueva época, N°3, pp. 235-238, 2011.

Cervantes Bravo, I. G. 2008. 115, *Universitas*, 2008. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, 23 de diciembre)*. Redalyc.

Cervantes Valerezco, A. 2018. *La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. *Iuris Dictio* 22, 2018. https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_22/iu22_05.pdf

Chimni, B. S. 2005. *Co-option and resistance: two faces of global administrative law*. 2005. <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Chimni-Co-Option-and-Resistance-2005.pdf>

Codina García - Andrade, X. 2014. N° 194, *Introducción al régimen inglés de los contratos públicos*. *Revista de administración Pública*, ISSN: 0034-7639, núm. 194, Madrid, mayo-agosto, pp. 411-435 2014.

Colquicocha Martínez, M. 164, *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional*, setiembre 2018, Buenos Aires: La Ley, Vol. LXXXII.

Comadira, J. R. 2002, *La regulación jurídica de la ética pública*. *Revista de Derecho Público*, Vol 2, Buenos Aires, año 2002.

–. **2004** *Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, Otros estudios*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

Comadira, J. R., Escola, H. J. y Comadira, J. P. 2018. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2018.

Comisión de las Comunidades Europeas. 1996. *Libro Verde. Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro.* Bruselas: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996.

Cornejo, J. A. 2016. *La Corte pidió autocrítica de todos los poderes del Estado por la corrupción.* [En línea] 28 de octubre de 2016. <https://www.lanacion.com.ar/1951169-la-corte-pidio-autocritica-de-todos-los-poderes-del-estado-por-la-corrupcion>.

Corrales, A. 2014. 3, 2014. *Al día, Revista Institucional del OSCE.*

Corvalán, J. G. 2017, 109, *Contrataciones públicas: decreto 1030/2016.* Revista de Derecho Administrativo, 2017

Cracogna, Dante. *Revisión del laudo arbitral en sede judicial.* La Ley. Buenos Aires. Año LXXXIII, 54. 2019.

Cremades, B. M. y Cairns, D. J. A. 2018. 57, San Pablo, 2018, Vol. 15. *El Arbitraje Internacional en la encrucijada de la crítica, trabajo presentado ante la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, en ocasión de haber sido elegido académico de número, en Revista de Arbitragem e mediação.*

Cristiá, M. J. 2016. *Algunos aspectos del arbitraje en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.* [En línea] Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, 31/05/16, www.bcr.com.ar/Secretaria%20de%20Cultura/Revista%20Institucional/2016/Mayo/Arbitraje.pdf.

Crivelli, Julio César. 2017. *Inversión Privada en el sector Público.* CABA: Astrea, 2017.

Cubillo Rodriguez, C. *Fiscalización y auditoría de la contratación por el sector público,* http://www.aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xivencuentroaeca/cd/16f.pdf.

D

Darnaculleta Gardella, M. 2016. 199, Madrid : Revista de Administración Pública, 2016. *El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?* ISSN-L 0034-7639, N°199, Madrid, enero/abril p. 11.

Dávila Pérez, J., Campero, T., Prieto, F., López Fernández, M. & Tachlian Degras, E. 2014. *Eficiencia y Transparencia en el sector público. Avances en las compras públicas en América Latina y el Caribe 2002-2012.* [En línea] 2014. <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6521/Eficiencia%20y%20transparencia%20en%20el%20sector%20p%3%bablico.%20Avances%20en%20las%20compras%20p>

%c3%bablicas%20en%20Am%c3%a9rica%20Latina%20y%20el%20Caribe%202002-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=.

Davies A.C.L. 2008, *The public law of government contracts*, Oxford, 2008.

Del Castillo, A. 2003. *Medición de la corrupción. Un indicador de la rendición de cuentas*. http://centro.paot.mx/documentos/varios/medicion_corrupcion.pdf

Donayre Ordinola, J. L. 2006. *Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas*. Lima: ADR Resources, 2006.

Druetta, R. T. y Guglielminetti, A. P. 2008. *Ley 13.064 de Obras Públicas, comentada y anotada*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

E

Echide, J. 2013. *Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. <http://web.isanet.org/Web/Conferences/FLACSOISA%20BuenosAires%202014/Archive/0439ce08-a8af-42c0-a793-08e98f775992.pdf>

Escola, H. J. 1977. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aire : Depalma, 1977.

Escrihuela Morales, F. J. 2015. *La contratación del sector público y la corrupción. Contratación administrativa práctica*. N° 135, Sección Estudios Revista La Ley, 2015.

F

Fach Gómez, K. 2017. *Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: La función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática*. N° 23,; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

Feldstein de Cárdenas, S.L. y Leonardi de Herbón, H.M. 1998. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

Fernández Castaño, F. y López Belástegui, F. A. 2017. *La huída del derecho administrativo en el derecho administrativo español*. Revista derecho y cambio social. www.derechoycambiosocial.com/revista047/LA_HUIDA_DEL_DERECHO_ADMINISTRATIVO.pdf.

Fernández Armesto, J. 2018. *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje.* s.l. : VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje CEU ediciones, 2018.

Fernández Castaño F. y López Belástegui F. A. 2017. *La huída del derecho administrativo en el derecho administrativo español,* Revista Derecho y Cambio Social, 2/1/17, p. 4, España.

Fernández de Gurmendi, S. A. 2018, *Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras.,* Revista de Relaciones Internacionales. UNAM, año 27, n° 55. LOS CONVENIOS BILATERALES DE PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES EXTRANJERAS. *Relaciones Internacionales*, 1(3).Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/2008>

Fernández Rozas, J. C. 2010. *Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina.* Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, texto de la intervención pronunciada el 8/7/2010 en la Real Academia Española de Jurisprudencia.https://eprints.ucm.es/11977/1/UNA_DECADA_DE_CONSOLIDACION_DE_L_ARBITRAJE_COMERCIAL_INTERNACIONAL_EN_AMERICA_LATINA.pdf.

–.2017. Argentina: presentando al Senado de la Nación el Proyecto de Ley de arbitraje comercial internacional. *El Blog de José Carlos Fernández Rozas.* <https://fernandezrozas.com/2017/01/15/argentina-presentado-al-senado-de-la-nacion-el-proyecto-de-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/>.

Ferrero, A. H. 2013. *Recursos Administrativos Especiales en materia de contratación pública.* 1, Revista de la Facultad, 2013, Vol. 4. [file:///C:/Users/Rolando%20Toledo/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/6018-17634-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Rolando%20Toledo/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/6018-17634-SM%20(1).pdf)

Ferro Ilardo, S. B. 2008. *Estados latinoamericanos. Palabras claves para la región.* Buenos Aires : Dunken, 2008.

Fiorini, B. 1976. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires. 1976.

Fiorini, B. y Mata I. 1972. *Licitación pública.* Buenos Aires. 1972.

Fix-Zamudio, H. 1991. *Concepto y contenido de la justicia administrativa.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.

Fuentes C. 2002. *En esto creo,* Ed. Seix Barral México 2002.

G

Gallardo Aguilar, J. R. 2014. *El sistema nacional de arbitraje del OSCE*. 3, Revista Institucional OSCE , 2014, Vol. 15.

García Pérez, M. 2011. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Madrid: Anzardi S.A., 2011.

García Sanz, A. 2013. *Licitación pública v. contratación directa: ¿La batalla perdida?* [aut. libro] A. Gordillo. Tratado de derecho administrativo y obras selectas: el derecho administrativo en la práctica. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

Gimeno Feliú, J. M. 2013. Universidad de Zaragoza. Observatorio de Contratación Pública, 2017. *Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe CORA. Balance y prospectiva*. 47, s.l. : Revista Catalana de dret públic, 2013.

— **2014.** *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Navarra : a, 2014.

— **2016.** s.l. : Revista Internacional de Transparencia e Integridad, 2016. *El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control*. Set. - Dic, 2016, p.2.

— **2016.** *Novedades del anteproyecto de ley de contratos del sector público. La transposición de las directivas de contratación pública en España..* Cuenca : Congreso Internacional de Contratación Pública, 2016.

— **2016.** *Presente y futuro de la regulación de las modificaciones de contratos del sector público, en Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*. 2016. <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.996/relnenu.2/chk.41c365ce4df63fea066d4ea27ec624f9>.

— **2016.** *Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial 2016. Observatorio de los contratos públicos. Anzardi. Cizus menor.

–.2017. *La nueva ley de contratos del sector público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública*. 2017. <http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiSyY3jhXZAhWDI5AKHYuJAJJoQFggguMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.obcp.es%2Findex.php%2Fmod.opiniones%2Fmem.descargaPdf%2Fid.317%2Frelcategoria.208%2Frelmenu.3%2Fchk.2f35d870aa657dbfdd3c0f0>.

–.2017. *Nuevos paradigmas de la contratación pública: la transparencia y la identidad en un contexto de prevención de la corrupción*. [file:///H:/documentos_8-Ponencia-JM-Gimeno_5f0c721f%20(2).pdf.] s.l. : Universidad de Zaragoza. Observatorio de Contratación Pública, 2017.

Giménez Franco, E. 2016. El control de la actividad estatal. *Mejora del control administrativo de las administraciones públicas en España: los órganos administrativos independientes especializados en la resolución de recursos administrativos*. [En línea] 2016. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-franco-mejora.pdf>.

González Navarro, F. 1993, *Derecho administrativo español*, Eumsa, Pamplona, 2ª, Ed.

Gordillo, A. 2009. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global. Hacia la unidad del derecho global*, 2009.

–. 2015. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: el derecho administrativo en la práctica*. Edición 2015, Capítulo XVI, Tomo 2.

Grigera, N. 1989. *La ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Derecho Argentino*. 1021, Revista La Ley, 1989-A, 1021

Guasp Delgado J. 1956. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956.

Guichot, E. 2012. *Revista de la Administración Pública*. N° 187, Madrid: enero-abril 2012.

Guzmán, N. L. 2010. 2, s.l. : *Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos en el marco de una racionalización del sistema procesal*, Revista de Derecho Procesal , 2010,

Guzmán, A. 2018. *ISDS o ICS Mecanismos bajo sospecha. Guía práctica para entender los tratados de comercio e inversión: cómo las multinacionales planean apropiarse de tu futuro*. Madrid: FEC, 2018. <http://www.noaltright.org/wp-content/uploads/2018/10/tlc-con-portada-baja.pdf>

H

Harlow, C. 2006. *Global administrative law: the quest for principles and values* : European Journal of International Law, 2006.

Hernández, G. J. I. 2012. *El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global: su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española*: Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad de la Coruña, 2012.

– **2016**, *El arbitraje internacional de inversiones desde el derecho administrativo global*, 53, s.l. : Revista Foro Derecho Mercantil, 2016.

Hernández Salguero, E. 2013. N° 28, Madrid: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, marzo 2013. *El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid*.

Highton, E. y Alvarez, G. S. 1995. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

Hutchinson, T. *El sistema argentino de control judicial de la Administración* . [En línea]http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19861/Documento_completo.pdf?sequence=1.

I

Instituto Argentino de Análisis Fiscal. 2015. *Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Peso Relativo del Gasto Público Argentino, Evolución, Determinantes y efectos de su aumento*. 2015.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Argentina. 2018. INDEC. [En línea] 15 de noviembre de 2018. <http://www.indec.gob.ar/> .

Ivanega, M. M. 2016. *Control público*. Buenos Aires: Astrea, 2016.

K

Kaufmann, D. 2005, *Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción*, Revista Finanzas

& Desarrollo, setiembre 2005.

Kingsbury, B. 2005. *The administrative law frontier in global governance: ASIL proceedings*, pp. 4 y ss., 2005.

– **2005.** *The administrative law frontier*. 2005.

– **2006,** Banco Mundial. *Integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la "A" a la "Z"*. ISBN 978-92-64-05661-2, OCDE.

– **2009,** Banco Mundial. *Integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la "A" a la "Z"*. [En línea] 2009. <https://www.oecd.org/gov/e.thics/48994520.pdf>

– **2009.** *The concept of 'law' in global administrative law*. 2009.

– **2009.** *Weighing global regulatory rules and decisions in national courts: definitional issues in global administrative law*. 2009.

Kingsbury, B. y Stewart, R. B. 2016. *Hacia el derecho administrativo Global. Fundamentos, Principios y ámbito de aplicación*. Sevilla: Derecho Global Sevilla, 2016, p. 21.

Kingsbury, Krisch &. 2006. *Global governance and global administrative law in the international legal order*. 2006. Introducción: <http://ejil.org/pdfs/17/1/64.pdf>

Kingsbury, Krisch & Stewart. 2005. *The emergence of global administrative law*. 2005. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp&seiredir=1&referer=https%253A%252F%252Fwww.bing.com%252Fsearch%253Fq%253Dthe%252Bemergence%252Bof%252Bglobal%252Badministrative%252Blaw.%252B2005.%2526form%253DEDGEAR%2526qs%253DPF%2526vid%253D4e6545c5ce32419884fd116ef372818f%2526cc%253DAR%2526setlang%253DesMX#search=%22emergence%20global%20administrative%20law.%202005.%22>

2009 – .El surgimiento del Derecho administrativo global en América Latina, 1a. ed. P. 24, 2009

Kluwer, W. 2017. *El consultor de los ayuntamientos*. [En línea] 2017. <http://consultorcontrataciónadministrativa.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEANtMSbH1czUwMDA0NTUyNDFXK0stKs7Mz7M1M>.

L

Lizcano Alvarez, J. 2010. N° 183 (feb.) 2010. *El horizonte internacional de la corrupción . Temas para el debate.* ISSN 1134-6574, (Ejemplar dedicado a: ¿Qué hacer frente a la corrupción?), pp. 42-44

López Escarcena, S. 2018. *Contextualizando el derecho administrativo global*, ACIDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2018, 11, pp. 259-305. https://www.academia.edu/36515405/Contextualizando_el_derecho_administrativo_global

Loutayf Ranea R.-Solá. 2014. *Jurisdicción Arbitral. Revista de Derecho Procesal Jurisdicción y competencia.* Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2014.

M

Maestre, R. J. 2017. *Así es la nueva ley de contratación pública.* [En línea] 2017. <https://www.elblogsalmon.com/economia-domestica/asi-es-la-nueva-ley-de-contratacion-publica>.

Mairal, H. 1975. *Licitación Pública .* Buenos Aires, Ed. Depalma 1975.

Manzanares Gonzalez, P. *Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo.* www.academia.edu/47122210/Huida_del_derecho_administrativo.

Marchetti, B. 2016. *Justicia comunitaria y justicia global: elementos para una comparación, integrante de la obra colectiva Los principios del derecho global de la contratación pública,* Revista de Derecho UCU, 13/07/2016, p. 191.

Marienhoff, M. 110, Buenos Aires : Revista de El Derecho *Contratos de la Administración. La selección del cocontratante de la Administración.* Buenos Aires: Revista de El Derecho. T. 110.

Marks, S. 2005. *Naming Global Administrative Law,* 37, New York : New York University. *Journal of International Law and Politics,* pp. 995-1001, 2005.

Martinez Fernández, J.M. 2015. *Transparencia versus corrupción en la contratación pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción.:* pp. 23/25, notas 48 a 55. s.n. Universidad de León, 2015.

Martinez Herrasti, E. 2011. *Arbitraje o litigio ¿Cuál elegir?* México, 2011.

Marval, O'Farrel y Mairal. 2018. *Nueva ley de arbitraje comercial en la Argentina.* [En línea] Agosto de 2018. <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-en-la-argentina-13212>.

Matheus López, C. A. *Asuntos sobre el principio de la competencia de la competencia.* [En línea] Legis Arbitraje comercial internacional. http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral.asp.

Medina Arnaiz Teresa 2010, *Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública.* T. 2010. Diario La Ley, N°7382.

Meilán Gil, J. L. 2011. *Una aproximación al Derecho Administrativo Global.* Derecho Global / Global Law Press, 2011.

– .2013. *El paradigma de la buena administración.*

<https://core.ac.uk/download/pdf/61910958.pdf>

– .2013. *Una construcción jurídica de la buena administración.* n° 54, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2013, Vol. 13.

– .2017. *La integridad en la nueva ley de contratos del sector público.* 2017. <file:///C:/Users/Rolando%20Toledo/Desktop/corrupcion%20contratacion%20publica/La%20integridad%20en%20la%20nueva%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20Público.pdf>.

– . 2017. *La integridad en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.* [En línea] 2017. <https://mymabogados.com/integridad-en-la-contratacion-publica.html>.

– .2018. *Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación.* 48, s.l. : Revista General de Derecho Administrativo, 2018.

Méndez, H. O. *El moderno arbitraje ¿contrato o proceso?* Revista de Derecho Procesal 2010-2. Sistema alternativo de resolución de conflictos. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.

Menéndez, Uría. *Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.* [En línea] www.uria.com.

Merchán, J. 2011. *Comentarios a la ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje.* noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4673-comentarios-a-la-ley-11-2011-de-20-de-mayo-de-reforma-de-la-ley-60-2003-de-23-de-diciembre-de-arbitraje

Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. M. 2006. *Tratado de Derecho Arbitral*. Civitas, Cizur menor, 2006.

Merkel, A. 1975. *Teoría del derecho administrativo*. México. Nacional, 1975.

Mertehikian, E. 1997. *Ley de administración financiera y control de gestión*. Buenos Aires. 1997.

Mertehikian, E. 403, s.l. : *Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario*.: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 2012, Buenos Aires.

Midón, M. S. y Midón, G. E. 2008. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. La Ley, 2008.

Möllers, C y Terhechte. J. P. 2011. *Europäisches Verwaltungsrecht und internationale Verwaltungsrecht* . 2011.

Moreno Molina, J. A. 2011. *Derecho Global de la Contratación Pública*. México: Ubijus, 2011.

— **.2014.** *El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública*. **J. A. 2014.** 15. Revista DIXI, 2014, Vol. 14.

— **.2015.** *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Chartidge Book Oxford, 2015.

— **.2015.** *Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español*. Ponencia del 16/04/2015. 2015, Gabilex, número extraordinario mayo 2015.

— **.2015.** *Principios Generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, Europea y de América Latina*. 44, Revista Derecho & Sociedad, marzo de 2015.

— **.2017.** *Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública*. *La Ley*. **2017.** 204, 0034-7639.<https://www.bing.com/search?q=%E2%80%942017.+gobernanza+y+nueva+organizaci%C3%B3n+administrativa+en+la+reciente+legislaci%C3%B3n+espa%C3%B1ola+y+de+la+uni%C3%B3n+europea+sobre+contrataci%C3%B3n+p%C3%BAblica.+la+ley.+2017.+204%2C+00347639.&form=EDGEAR&qs=PF&cvid=923c500c7a3c484abf221a322df24d02&cc=AR&setlang=es-MX>

Moreno Molina, J. A. y Pintos Santiago, J. 2015-2016. *El sistema de contratación pública español. Derecho Comparado de la Contratación Pública.* [En línea] 2015-2016. http://www.liberlex.com/archivos/monogr%C3%A1fico-DCCP_completo.pdf.

Morello, A. M. 1986. *Un nuevo modelo de justicia.* Revista La Ley, 1986, T. C-800.

Mullerat, R. 2009. *Las disputas en la construcción precisan métodos alternativos de solución de conflictos. ¿Es el arbitraje un método idóneo?* 2009. <http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/12/Comunicaci%C3%B3-Sr.-Mullerat-2009.12.15.pdf>.

Mundial, Banco. 2018. *El Banco Mundial en Argentina.* [En línea] 2018. <http://www.bancomundial.org/es/country/argentina>.

Murrieta Rodriguez, J. C. 1996. Informe NOLAN (Normas de conducta de la vida pública) GAPP. *Los siete principios de la vida pública.* [En línea] enero-agosto de 1996.

N

Nicoletti, M. 2017. *Corruption as governance regime: a barrier to institutional efficiency and progress. Informe Committee on Political Affairs and Democracy: Consejo de Europa.* 2017.

O

OCDE. 2017. *Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe.* [En línea] 2017. <http://dx.doi.org/9789264266391-es>.

Ochsenius Robinson, I. *La contratación pública y su apremiante control ¿Por qué medir nuestras adquisiciones y qué nos obliga a hacerlo?* Asociación de órganos de control externo autonómicos. [En línea] <http://asocex.es/la-contratacion-publica-y-su-apremiante-control-porque-medir-nuestras-adquisiciones-y-que-nos-obliga-a-hacerlo>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico . 2009. *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z.* Instituto Nacional de Administración Pública. [En línea] 2009. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264085084-es>

OSCE. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. [En línea] OSCE. <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/vision-mision-y-principios>.

Ovalle Favela, J. 1978. 110, s.l. : *Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa en el derecho comparado y en el ordenamiento mexicano*, Revista de la Facultad de Derecho de México, 1978.

P

Pagés Lloveras, R. M. 2015. *Jurisdicción: Gestión y Derecho comparado*. Revista de Derecho Procesal, 2015 Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

2017. *Para frenar la corrupción, la clave es el sistema de contrataciones públicas*. [En línea] 2017. <https://www.infobae.com/2016/01/02/1780372-para-frenar-la-corrupcion-la-clave-es-el-sistema-contrataciones-publicas/>.

Pascual Vives, F. 2017. *El futuro de los arbitrajes de inversión en los Acuerdos Internacionales celebrados por la Unión Europea*. Revista electrónica de estudios internacionales. <http://www.reei.org/index.php/revista/num33/articulos/futuro-arbitraje-inversion-acuerdos-internacionales-celebrados-union-europea>

Pérez Hualde, A. 2011. *Instrumentos para un régimen de combate a la corrupción*: Revista La Ley, 2011-D-926.

Pintos, S. 2016. *Derecho Global Administrativo y de la Contratación Pública*. Universidad de Castilla La Mancha, 2016, pp. 225 y ss.

Polanco Lazo, R. 2017. *Arbitraje de inversiones y casos de Derechos Humanos en América Latina*
https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_polanco_cv_sp.pdf.

Pollard, D., Parpworth, N. y Hughes, D. 1997. *Constitutional and Administrative Law. Text and Materials*. Londres-Edimburgo-Dublin. 1997.

Ponce Solé, J. 2010. *Derecho Administrativo Global. Organización, Procedimiento, Control Judicial*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires : INAP Marcial Pons, 2010.

Prieto, G. 2018. *El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas*. Iuris Dictio 22 (2018), 89-99. ISSN 1390-6402 / e-ISSN 2528-7834. DOI: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v22i22.1187>

R

Raigorodsky, N. 2007. *El estado de las contrataciones: mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las adquisiciones públicas.* [En línea] 2007. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2008estcontrataciones.pdf>.

Ramos, E. 2017. *La nueva ley de contratación pública.* [En línea] 2017. <https://www.acobur.es/noticia/legislacion-en-contratacion/la-nueva-ley-de-contratacion-publica-14074>.

Real Academia Española . 2018. *Diccionario de la Lengua Española.* [En línea] 2018. <http://www.rae.es/> .Rendición de cuentas de las entidades locales. [En línea] <https://rendiciondecuentas.es/>.

Rey Vallejo, A. 2014. *Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio.* s.l. : Universitas Colombia, 2014.

Rivera, J. C. 2005. s.l. : *Arbitraje y Poder Judicial, los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje, disertación pronunciada en el marco del Seminario sobre Arbitraje en América Latina, organizado por la ICC en Miami, 2005.*

— .2005.El arbitraje en Argentina. http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_el_arbitraje_en_argentina2.pdf.

2018—. *Ley de arbitraje comercial internacional*, Cita on line: AR/DOC/1664/2018"; publicado en La Ley, Edición Especial, Año LXXXII N° 164, Tomo La Ley 2018-E-2, Buenos Aires.

Robinson, I. O. *La contratación pública y su apremiante control ¿Por qué medir nuestras adquisiciones y qué nos obliga a hacerlo?* <http://asocex.es/la-contratacion-publica-y-su-apremiante-control-porque-medir-nuestras-adquisiciones-y-que-nos-obliga-a-hacerlo>.

Rodriguez Arana, J. 2010. *Los principios de la contratación Pública en el Derecho Administrativo Global.* Derecho Administrativo Iberoamericano, 2010.

— .2011. s.l. : Revista de Derecho-UCU, 2016. *Los principios del derecho global en la contratación administrativa.* 66, s.l.: Derecho PUCP, 2011. 0251-3420.

— .2016. *La Directiva de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción, en Estudios, La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España.* Buenos Aires : Thomson Reuters Anzardi, 2016.

– **2016.** *Los principios del Derecho Global de la Contratación Pública.* Revista de Derecho-UCU, 2016.

– **2017.** *El derecho fundamental de la persona a la buena administración . Principios y derechos integrantes.* [En línea] 19 de febrero de 2017. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/El-derecho-fundamental-de-la-persona-a-la-buena-administraci%C3%B3n-JRA.pdf>.

– **2017.** *La directiva europea de la contratación pública y la lucha contra la corrupción.* s.l. : Revista de Direito Economico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n°1, p. 30; y v. 9, n°8, pp. 44-45, jan./abr. 2017.

– **2017.** *Los principios generales de la contratación pública global (Especial referencia al Derecho Comunitario Europeo,* trabajo integrante del Libro FIDA 2017, titulado Bases y retos de la contratación pública en en el escenario global, p. 988 y nota 10.

Rodríguez García, N.2014. *La necesaria globalización en la corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar.* Ratio Legis. <https://estudioslatinoeiberoamericanos.wordpress.com/2014/11/13/4903/>

Rodríguez, M. Retortillo, M. y Rodríguez, L.J. 2017. *Novedades introducidas por la ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público. Una primera aproximación.* www.derechopublicoglobal.es/wpcontent/uploads/2017/11/Presentacion_Xornadas_Contratacion_Luis_J.pdf.

Rodríguez Vicente M. 2017. *¿Es necesario un Tribunal Multilateral de Inversiones?,* Revista del ICE (Información Comercial Española), Boletín Económico, pp. 11-30, Madrid, abril 2017.

S

Salas, A. 2015. *Las Américas: cómo 2015 fue advertencia para los corruptos.* [En línea] 2015. <http://blog.transparency.org/2016/01/27/las-americas-como-2015-fue-advertencia-para-los-corruptos/>.

Sánchez Gil, I. 2009. *La integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la A a la Z.* Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2009.

Sánchez Gil, I. *La integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la A a la Z.* https://elpais.com/economia/2018/03/06/actualidad/1520355540_345183.html.

Sánchez Morón, M. 1991. *El control de las administraciones públicas y sus problemas.* Madrid. Espasa Calpe, 1991.

Sánchez Pedreño - Kennaird, A. 2013. Arbitraje y mediación, por qué y para qué. [En línea] 2013. <https://elderecho.com/arbitraje-y-mediacion-por-que-y-para-que>.

Schedler, A. 2004. *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México : Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Cuadernos de Transparencia, 2004.

Schwarze, J. 1994. *Droit administratif européen*. Bruselas, Bélgica, 1994.

Segovia Marco, A. 2017. *La nueva ley de contratos del Sector Público desde la perspectiva de la Administración*. http://www.elderecho.com/contenido_juridico/consultas_legales/nueva-ley-de-contratos-sector-publico-novedades-administracion_11_1168555003.html.

Serra, L. 2018. *Solo el 13% de las compras del Estado son por licitación pública*. La Nación. [En línea] 14 de marzo de 2018. <https://www.lanacion.com.ar/2116773-solo-el-13-de-las-compras-del-estado-son-por-licitacion-publica> .

Sessin Domingo, J. 2017. *La dereminación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos, en AAVV, Cuestiones de contratos administrativos*. Jornadas organizadas por Universidad Austral. Revista Administración Pública, 2017

Sistema Económico Lationamericano y del Caribe. 2015. Las compras públicas como herramientas de desarrollo en América y el Caribe, cooperación económica y técnica. [En línea] 2015. <http://www.sela.org/media/268508/las-compras-publicas-como-herramienta-de-desarrollo-en-alc.pdf>.

Soto Closs, E, 1973 *¿Existe un Derecho Administrativo inglés?*. Revista de Administración Pública, 1973, ISSN 0034-763, N° 70, pp. 113/184.

Stewart, R. 2005. *U.S. administrative law: a model for global administrative law?*, *Law and Contemporary Problems*. 3-4, 2005, Vol. 68, Duke, USA

— . 2005. *The global regulatory challenge to U.S. administrative law*, *New york University Journal of International Law and Politics*, pp. 695-772.

— . 2015. **Stewart, R. 2005.** *U.S. administrative law: a model for global administrative law?*, *Law and Contemporary Problems*. 3-4, 2005, Vol. 68. <https://pdfs.semanticscholar.org/803a/f0319ff5cb5ede9d275b25b56807be28c7cb.pdf>

T

Tavolari Oliveros, R. 2010. *La ejecución de sentencias en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional y el orden público como causal denegatoria, a la luz de la Ley Modelo y del Código Bustamante: una mirada comparatista de la ley chilena.* Revista de Derecho Procesal, 2010, Chile.

Tawil, G. S. y Minorini Lima, I. J. 2009. *El Estado y el Arbitraje, primera aproximación.* 2009. http://iea.ec/pdfs/2009/ART_GUIDO_TAWIL.pdf.

Tomé Muguruza, B. 2013. *La respuesta de la Unión Europea a la crisis económica y el papel de las instituciones de control externo.* 43. Revista española de control externo, 2013.

Transparency International, The global coalition against corruption. 2018. [En línea] 2018. <https://www.transparency.org/cpi2015> .

V

Vargas Herrera, G. I. 2016. *De laboratorio: el conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro,* Cuadernos Críticos del Derecho. . [aut. libro] J. Pintos Santiago. II Monográfico de derecho comparado de la contratación pública. Aletheia.http://www.liberlex.com/archivos/monográficoDCCP_completo.pdf

Vázquez Alfaro, J. L. 1991. *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano.* 127, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 1991, Vol. 78.

Ventura, D. 2005. *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional.* Montevideo. 2005.

W

Williams, D. G. T. 1986. *Droit Administratif, en la obra dirigida por Jolowicz, J. A, Droit Anglais, París, Dalloz.* 1986.

Z

Zamudio, H. F. 2005. *Concepto y contenido de la justicia administrativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/9.pdf>

