
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 7	n. 27	p. 1-254	jan./mar. 2007
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luís Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio
CRB 2809/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina.¹

Crisis del estado, crony capitalism y alteración de la gobernabilidad económica

Isaac Augusto Damsky

Abogado (Universidad Católica Argentina, Buenos Aires). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral, Buenos Aires). Doctorando y profesor adjunto interino de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Palabras clave: Servicios públicos. Actividades económicas públicas. Contratación pública. Sistema contractual público argentino. Data room.

Sumario: **1** Reflexiones iniciales - **2** Incidencias de los fenómenos de crony capitalism sobre las estructuraciones contractuales públicas - **3** El desarrollo de nuevas modalidades de contratación - **3.1** Data Room - **3.2** Utilización del data room en el sistema contractual público argentino - **4** Mecanismos de participación en la elaboración de la documentación contractual. Nuevas tendencias - **5** Incorporación de las modalidades de contratación pública. Su compatibilidad o disfuncionalidad - **5.1** El data room como modalidad de elaboración participativa de normas - **6** Epílogo

As soon as the land of any country has all become private property, the landlords, like all other men, love to reap where they never sowed.

Adam Smith

1 Reflexiones iniciales

Pensar a los llamados servicios públicos y a las actividades económicas públicas en la Argentina actual, a tres lustros del inicio de la privatización, es también reflexionar en torno a la crisis estatal endógena y exógena, propia del estado argentino y acaso predicable en otras latitudes americanas, pero principalmente enmarcado dentro de un iter de transformación de las categorías fundantes del estado soberano decimonónico, dentro

¹ El autor agradece la valiosa colaboración como Asistente de Investigación de la Dra. Laura Miranda, candidata al grado de Master en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Argentina.

de la cuál se contiene a nuestro objeto de estudio; siendo que en la era “post privatizadora” en la que — podría así insinuarse — se encuentra Argentina, acaso convenga detenernos a reflexionar de manera “transversal” a la actualidad del servicio público por intermedio de los nuevos mecanismos o variaciones contractuales por intermedio de las cuales comienzan a estructurarse — o en algunos casos reestructurarse — los vínculos y títulos jurídicos de gestión de tales actividades.

En alguna medida, si bien con matices, el contexto público latinoamericano dentro del cual se inscribe el objeto del presente estudio, resulta gráficamente caracterizado en la obra de Marcos Kaplan. El autor aprecia que “el estado latinoamericano sufre una doble erosión en su soberanía y en su intervencionismo. Por una parte, desde afuera y desde arriba, por la transnacionalización y mucho de lo que esta trae en su estela. Por otra parte, desde abajo y desde adentro, por el crecimiento insuficiente e incierto, la crisis y descomposición económicas, la polarización y disolución sociales, la desestabilización y conflictividad políticas, la segmentación de las sociedades”.² Diagnóstico categórico al que completa el autor señalando que “en este contexto estructural, grandes empresas y grupos dominantes aceptan el intervencionismo del Estado de manera condicional y transitoria, pero le transfieren problemas y costos de las situaciones normales, y de las coyunturas y crisis, al tiempo que le niegan los recursos requeridos para su funcionamiento regular y eficiente. No admiten al estado que pretenda ser en alguna medida principal protagonista del crecimiento con cambio social, productivo y redistribuidor. Utilizan los fracasos del Estado para exigir la reducción de su autonomía y de su injerencia, la privatización del sector empresarial público, la reorientación de los fines y contenidos de sus intervenciones; en suma, la desestatización”.³

A lo que se agrega la necesidad de integrar a la visión de contexto presentada, un componente de especial incidencia sobre las condiciones de operatividad del sistema contractual público en materia de actividades económicas públicas relevantes — en los contextos latinoamericanos propios de economías en desarrollo — que resulta modernamente teorizado por la actual doctrina económica y que por su significatividad no

² KAPLAN, Marcos. *Estado y Globalización*. México: UNAM, 2002. p. 345

³ KAPLAN, Marcos. *Estado y Globalización*. México: UNAM, 2002. p. 349.

debiera ser soslayado. Me refiero al fenómeno del *crony capitalism*.

De allí entonces que, en este contexto de crisis, pensar las variaciones que comienzan a operarse en mi país a partir de la era “post privatizadora” en materia de nuevas modalidades de contratación de actividades económicas públicas y discutir tanto sus contenidos como sus formas, es en gran medida una invitación a reflexionar el fenómeno de la crisis del estado soberano, cómo ello ha impactado en Argentina, máxime considerando el fuerte proceso de internacionalización de los ordenamientos jurídicos que en marca a la Argentina — y como ello ha trastocado las bases de sustentación. Lo expuesto, no sin antes advertir que fuera nuestro Maestro, el Prof. Agustín Gordillo quien por vez primera enseñara a la audiencia argentina las intersecciones que la supranacionalidad comenzaba a producir sobre nuestros subsistemas *Ius publicistas*.

2 Incidencias de los fenómenos de *crony capitalism* sobre las estructuraciones contractuales públicas

A partir del acaecimiento de las crisis económicas latinoamericanas de reciente data, pero especialmente a partir del colapso de la economía asiática de finales de los 90s, académicos y reguladores se han interesado — dentro de contextos sub desarrollados que tienen como nota central la implementación estatal de políticas privatizadoras — en el comportamiento *rent seeking*⁴ de determinados grupos *vis a vis* los *riesgos morales*⁵ de su dinámica relacional con el poder y el grado en que lo anterior determina la suerte de tales procesos de crisis. De allí que, actores económicos estratégicos que otrora resultaban públicamente percibidos de forma positiva como agentes del desarrollo económico, ahora aparecen con una percepción negativa fundada en su grado de cercanía o niveles de inciden-

⁴ Cfr. Chudnovsky: “Por *rent seeking* se entiende a los intentos del sector privado por influenciar sobre el sector público para obtener subsidios, monopolios, contratos etc.” (CHUDNOVSKY, Daniel; LÓPEZ, Andrés; PUPATO, Germán. *Las recientes crisis sistémicas en países emergentes: las peculiaridades del caso argentino*. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2004. p. 22, nota 43).

⁵ A su vez, el autor anteriormente citado explica que en dichos contextos: “aparece también el problema del riesgo moral (se alude a los riesgos excesivos que toman los agentes económicos en sus decisiones de inversión por no tener que hacerse cargo de todas las consecuencias de sus acciones, que puede originarse, en primer lugar, en las acciones de los gobiernos locales que distorsionan la asignación de inversiones a través de mecanismos de tipo clientelístico” (Obra y autor citado, p. 15).

⁶ HABER, Stephen (Ed.). *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America, Theory and Evidence*. Hoover Institution, CA, 2006. p. xii.

Relativo a ello, Anne Krueger coincidía en el hecho de que tales actores gozaban de una cierta fama porque generan la presunción de poseer un gerenciamiento más competente y encontrarse motivadas a

cia con las estructuras de estatales decisorias, en dichas instancias de crisis.⁶

En alguna medida, aunque no haya una definición precisa del término, a lo que antes se conocía como nepotismo ahora se lo ha comenzado a analizar como *crony capitalism*. Según Anne Krueger mediante la expresión *cronyism* se busca designar a quienes poseen posiciones privilegiadas de cercanía a las autoridades políticas que les posibilitan la recepción de favores de amplio valor económico determinados por el otorgamiento de posiciones o status privilegiados mas que por la recepción de beneficios directos.⁷ Y calificada doctrina económica argentina lo refiere a los negocios que se generan entre las empresas, las instituciones financieras y los gobiernos por medio de vinculaciones personales y con fines políticos. En otras palabras, se trata simplemente del cambio de favores económicos por financiamiento a la política. Los favores económicos pueden consistir en la obtención de posiciones monopólicas, el crédito subsidiado o las preferencias en las compras públicas.⁸

Bajo esta categoría se busca entonces ensayar una explicación sobre los ineficientes sistemas económicos de gran parte de las postergadas economías sub desarrolladas,⁹ pero especialmente en Latinoamérica, al punto de haberse llegado a decir que probablemente no haya ninguna región en el mundo en la cual los *crony arrangements* hayan adquirido relevancia preponderante como producción de la economía en Latinoamérica.¹⁰ Por cierto que estas formas de *cronyism* asumen modulaciones particulares dependiendo el contexto regional en el cuál se inscriban, pudiendo las veces tomar forma de inversiones extranjeras directas y otras evidenciarse bajo el ropaje de los otrora llamados *capitanes de la industria*, en el

la maximización de beneficios y reducción de costos (KRUEGER, Anne. *Why crony capitalism is bad for economic growth*. en VVAA. HABER, Stephen (Ed.). *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America, Theory and Evidence*. Hoover Institution, CA, 2006. p. 4), a lo que cabe agregar el cambio de percepción que advierte López en su trabajo: "la crisis asiática de 1997 disparó una nueva lectura de la relación entre Estado y Chaebols: la del crony capitalism. Ahora los chaebols ya no son vistos como empresarios dinámicos que lideran la industrialización, sino como agentes que extraen rentas gracias a sus conexiones con un Estado corrupto. De hecho, es importante recordar que en la propia Corea una parte importante de la población ya los percibía desde tiempo atrás de la misma manera y, de hecho, varios líderes políticos, algunos de los cuales llegaron a la presidencia de su país, basaron sus campañas en esa percepción" (LÓPEZ, Andrés. *Empresarios Instituciones y Desarrollo Económico: El caso argentino*. Buenos Aires: CEPAL, 2006. p. 63).

⁷ KRUEGER, Anne. ob. cit. p. 2.

⁸ p. 13, nota n. 23; LÓPEZ, Andrés. *Empresarios Instituciones y Desarrollo Económico: El caso argentino*. Buenos Aires: CEPAL, 2006. p. 63.

⁹ Conviene hacer notar, siguiendo a Chudnovsky, que el fenómeno bajo análisis: "pasó a ser un elemento central en la interpretación que hacen los países industrializados y el FMI de la crisis asiática" (Obra y autor citado, p. 15).

¹⁰ Cfr. HABER, Stephen. ob. cit. p. xiii.

contexto local.

Al teorizarse la explicación sobre la mecánica de generación de estas prácticas, se explicita que “en estas circunstancias, los inversores, que poseen información limitada, canalizan fondos hacia proyectos en los que hay altos rendimientos prometidos pero dudosa capacidad de repago, el llamado problema de la *selección adversa*, la que ocurre cuando deudores de alto riesgo potencial son los que más buscan créditos aún pagando altas tasas de interés y los acreedores conceden dichos créditos.¹¹ En estos escenarios, continúa el mismo autor, no solo se generan crecientes distorsiones en la asignación de recursos, sino que usualmente vienen acompañadas de prácticas poco transparentes tales como la expansión de las oportunidades para comportamientos *rent seeking*, en el marco de relaciones difusas entre el estado y los particulares.¹²

De allí que autores como Stephen Haber, al indagar las circunstancias relatadas, frente a la pregunta de porqué los gobiernos garantizan tales favores y crean tales condiciones, proponga la formulación de un dilema como respuesta a la explicación de que el *crony capitalism* aparece en tales escenarios como una *solución de segundo grado* a un fundamental problema de las estructuras gubernamentales: cualquier gobierno suficientemente fuerte para proteger y estimular derechos de propiedad es también suficientemente fuerte para abrogarlos. La consecuente capacidad de un gobierno para arbitrariamente depredar a los poseedores de activos crea un dilema. A menos que el gobierno encuentre una manera de *atarse las manos*, los inversores no invertirán. Y si eso sucede probablemente no se verifique desarrollo económico. Ahora bien, muchos países no tienen gobiernos limitados y por lo tanto tienen que resolver este problema de otra manera. Tienen que encontrar una forma de atarse las manos pero no quieren o no pueden crear mecanismos de gobierno limitado. Entonces, ausente ese mecanismo es que aparece como solución frecuente el *crony capitalism*, fenómeno que permite al gobierno garantizar la subsistencia de inversores de segunda clase. De suerte que para el punto de vista individual de este inversor, el problema de la protección universal o individual de sus derechos de propiedad deviene irrelevante: en tanto sus activos estén protegidos los inversores continuarán invirtiendo como si se verifi-

¹¹ Chudnovsky, ob. cit., p. 15.

¹² Autor y obra citado, p. 22.

cara una protección universal de tales derechos. Desde esta perspectiva, el desarrollo económico puede ocurrir en escenarios de *crony capitalism*, incluso a pesar de gobiernos no limitados.¹³ De cualquier manera, continúa el autor, el *crony capitalism* no es una buena solución al problema de límites a las esferas de intervención del gobierno. Tiene tres problemas: El primero de ellos, fomenta la mala localización de recursos. Su núcleo duro reside en que el gobierno predetermina un núcleo de políticas económicas a las que provee un grupo privilegiado de inversores con una suficientemente alta tasa de retorno para inducirlos a invertir sin la seguridad del gobierno limitado. Sin estas seguridades los inversionistas no invertirían. Por lo tanto, estos fenómenos no solo permiten *rent seeking* sino que busca las más altas por su necesidad de compartirlas con los actores estratégicos del proceso político. Por lo tanto existirán industrias que no existirían en otros contextos, monopolios y oligopolios se verificarán en industrias en las que deberían verificarse condiciones plenas de competitividad y muchas oportunidades les serán denegadas a empresarios con suficientes capacidades. En segundo lugar, lo anterior, unido al factor personal que determina el éxito de la operación asociada al gobierno de turno determina que operen horizontes de negocios de corto plazo, lo cual demanda altas tasas de retorno, desalentando consecuentemente inversiones de largo plazo. Finalmente, verifica consecuencias negativas en la distribución del ingreso.¹⁴

En gran medida, según lo visto hasta ahora, tal como verifica Prats i Català¹⁵ este fenómeno condiciona la gobernabilidad por afectar sus tres componentes centrales: el de actor estratégico, las reglas, procedimientos o fórmulas y el juego de los conflictos en la gobernabilidad ya que en entornos más complejos, dinámicos e interdependientes como los advertidos, las reglas y procedimientos que tradicionalmente fueron aseguradores de la gobernabilidad deberán tener flexibilidad para acomodar a nuevos actores y reacomodar a los actores estratégicos preexistentes.

Ahora bien, según verifica este autor, tal alteración, por tratarse de una forma capitalista de resultados menos eficientes y equitativos que

¹³ HABER, Stephen. ob. cit. p. xii.

¹⁴ Obra y autor citado. p. xvi, p. xvii.

¹⁵ PRATS I CATALÀ. El progreso no es lo que era: Fundamentos Institucionales para un país en riesgo. In: *El Desarrollo Posible, las Instituciones necesarias (Diagnósticos Institucionales)*. La Paz: Plural Institut Internacional de Governabilitat, IGG, 2004. p. 21- 61.

la economía de mercado institucionalizada, pero que — como se explicitó — se sostiene que acaso sea la única que puede asegurar un cierto tipo de crecimiento en condiciones de inestabilidad política. De allí que dentro de este escenario de continuada inestabilidad y progresiva crisis y transformación de las estructuras del estado soberano, las formas operativas de *crony capitalism* concurren a mitigar los efectos de la inestabilidad, como una fórmula capaz de producir crecimiento inestable y desigual mediante el desarrollo de un capitalismo sujeto a “reglas particulares”. No universales.¹⁶

Vinculado con lo anterior, resulta interesante recrear la presentación de las tres “posiciones de privilegio” verificadas por Anne Kruger que detenta el *cronyism*, por su intensa vinculación con las nuevas estructuraciones de vínculos jurídicos entre empresas y estado para la gestión de actividades económicas públicas, a fin de que futuros estudios incorporen las incidencias de este componente en los análisis que se realicen sobre, por ejemplo, los vínculos de Asociaciones Público Privada, Iniciativa Privada, etc., que el actual ordenamiento argentino permite, o por su impacto sobre los nuevos mecanismos de intermediación y optimización de tiempos de gestión licitatoria que comienzan a utilizarse como el *data room*.

Si bien la autora advierte que tales “posiciones” pueden asumir una variedad de formas, estas reconocen como elemento común el hecho de que el *cronyism* base su política de expansión en el acceso a un crédito subsidiado determinante de un éxito de sus finanzas a consecuencia de un *political asset* — las cuales por su sobredimensionamiento se las caracterice como *too big to fail* — de suerte que no sean el resultado de una política empresarial genuina.¹⁷ Sostiene que tales “posiciones de privilegio” asumen alguna de las siguientes tres formas frecuentes, a saber.

La primera, consiste en el otorgamiento de la titularidad de una actividad empresarial o la delegación de su gestión. La situación característica se determina por el apoderamiento por grupos privados de

¹⁶ Cfr. Prats i Català. ob. cit. p. 34 en adelante.

¹⁷ KRUEGER, Anne. ob. cit. p. 22. Concluye en que las tres formas tienen en común el dato de que el éxito del negocio finca no en el desempeño de la empresa en el mercado competitivo sino en discernimientos políticos y *nonmarket criteria*. También reconoce la existencia de diferencias, tales como: los costos de las SOEs son probablemente más transparentes debido a que normalmente reconocen su fuente de financiamiento en el presupuesto público, mientras que los costos del *cronyism* COEs se encuentran ocultos precisamente por la falta de financiamiento público y consecuente innecesidad de llevarlo de registros públicos, a lo que se agrega que el valor económico de las posiciones privilegiadas (monopolios, tarifas protegidas mediante prohibiciones de importación de competencia, acceso favorecido a crédito subsidiado, etc.) se hace difícil valorar con precisión.

empresas estatales en procesos que podrían ser privatizatorios o asociativos.

La denomina **SOEs** o *state owned enterprises*.

La segunda, consiste en el acceso, de los titulares de actividades económicas de titularidad privada, a status de privilegios, tales como posiciones monopólicas o casi-monopólicas, con su consecuente incidencia respecto del acceso a asistencia financiera subsidiada.

La denomina **COEs** o *crony operate establishments*.

La tercera, se verifica en los favoritismos en la adjudicación de contratos estatales. Prácticas que en Argentina se dio en llamar “patria contratista”.

En las manifestaciones de comportamiento *crony* capitalistas que se han relevado, mas allá de la valoración ética que sus prácticas merezcan, debe tenerse en consideración que tales prácticas al incidir en el funcionamiento de los procedimientos de toma de decisiones, acaso concurran a alterar la gobernabilidad económica. De allí la conveniencia de que sean tenidas en cuenta al contextualizar el análisis de los nuevos mecanismos de contratación de actividades económicas públicas, en el marco de las latitudes latinoamericanas.

Ello es así, pues como se verá, si nuestros sistemas jurídicos en materia de contrataciones tenían en común el dato de ser fuertemente reglamentaristas (rígidos), su evolución nos muestra que las nuevas modalidades que seguidamente se estudiarán proponen su avance hacia mecanismos negociales (flexibles), al estilo de los imperantes en sistemas de cuño anglosajón, pero inscripto en el universo de contrataciones públicas de nuestro contexto latinoamericano, frecuentemente criticado por ser campo propicio a prácticas *rent seeking*.

El riesgo inherente de afectación de gobernabilidad económica que liminarmente puede advertirse en nuestras latitudes, reside en la concreta alteración de la centralidad de las reglas y procedimientos en los cuales ha reposado todo el sistema contractual público, precisamente, porque normaban cómo se tomaban e implementaban las decisiones de autoridad, definiendo, consecuentemente, a los actores estratégicos, las relaciones de simetría o asimetría de poder verificadas entre los actores, cómo se resuelven los conflictos entre los mismos, etcétera.

En consecuencia, tenemos que la sustantividad de las reglas y procedimientos de la gobernabilidad no son mas monopolio estatal, sino que su perdurabilidad viene determinada por la reducción del estado a un

operador mas y la facultad de elección — cuanto no de imposición — del derecho — o de las reglas de resolución de conflictos — y su mediador, exteriorizando la crisis de la misma matriz institucional que expresaba la estabilidad o equilibrio del sistema sociopolítico decimonónico sobre el que tradicionalmente se apoyaba el sistema de contrataciones público.

3 El desarrollo de nuevas modalidades de contratación pública

Presentado lo anterior y siguiendo la caracterización realizada — en nuestro derecho — por el Profesor Mairal,¹⁸ respecto de la modernización y desarrollo de nuevas alternativas de contratación de bienes y servicios, con motivo del reciente dictado de las normas regulatorias de la iniciativa privada y la asociación público privada (Decretos del Poder Ejecutivo Argentino Nros. 966 y 967 de 2005) diré que las nuevas técnicas para la contratación administrativa poseen un denominador común: el desplazamiento del poder estatal, tal como lo conocimos y la reducción del Estado Nación a un sujeto mas entre los varios operadores jurídicos y económicos de los mercados de las contrataciones públicas.

Así, advierto que, en términos Habermasianos,¹⁹ no son tanto las simples economías nacionales las que están insertas dentro de las fronteras de los estados sino que son los estados los que se encuentran insertos en los mercados. Y ello trae como consecuencia que el peso determinante de los procesos económicos y en particular de los financieros, que constituyen su fuerza pujante, haya transformado a los actores económicos transnacionales en poderosos competidores de los estados nacionales, abatiendo barreras nacionales y abriendo nuevos mercados y reservándole a los actores políticos la tarea de recrear las tradicionales garantías de seguridad jurídica propia del estado nacional; a lo que se sigue la verificación de que los estados nacionales se están configurando como simples modalidades transitorias de la organización y de la reglamentación en el campo económico, sin alcanzar a regular controlar por sí solos sus propias economías nacionales.²⁰

Resulta evidente que los vínculos producidos por los mercados financieros globales rechazan la autonomía y los márgenes de acción de los actores estatales, con el consecuente efecto deslegitimador de las

¹⁸ MAIRAL, Héctor. La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos. *RAP*, p. 209-228.

¹⁹ Al respecto remito a HABERLAS, Jürgen. *Mas allá del Estado Nacional*. México: FCE, 1998.

²⁰ Cfr. sostiene el Profesor Greblo, Eduardo. *Globalización, Democracia y Derechos*. Madrid: Nueva Visión, 2005.

instituciones domésticas: En mi opinión, este es el contexto en el que se inscribe la contratación administrativa y a partir del cuál se desarrollan las nuevas modalidades.

Así, se trata de evidenciar el delineamiento de un marco general que ve en los reguladores impersonales del mercado, factores que condicionan cada vez más intensamente a los estados para gestionar en forma autónoma a sí mismos. Aparece entonces una soberanía estatal fuertemente cuestionada por los sistemas de poder económico de nivel regional y global como consecuencia de la difusión de un sistema emergente de *global governance* que altera la forma y dinámica de aquellos, de suerte tal que la legitimidad estatal queda comprometida (minada) por la progresiva expansión de fuerzas económicas transnacionales, enmarcadas en una creciente interdependencia global, que somete a los estados nacionales a crecientes presiones direccionadas hacia una sociedad de derecho privado.²¹

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

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

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

²¹ Cfr. Greblo, Eduardo, ob. cit. Asimismo se sugiere ampliar en CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado* y en CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*. TWINING, William. *Derecho y Globalización*.

emprendimientos públicos.

Siguiendo la caracterización del autor citado,²² los presentaré a continuación:

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

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

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

Se ha sostenido que la clave del éxito y la financiabilidad de un proyecto se concentra en la previsibilidad y estabilidad de las reglas del juego, y de allí, la renuencia de este tipo de contratos a tolerar las prerrogativas de rescate y revocatoria por razones de oportunidad.²³ Ello es así toda vez que el ejercicio de las prerrogativas mencionadas provocan la frustración de obtener el reembolso de la inversión realizada.

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

En segundo término, la modalidad del **leasing público** suele proyectarse para atender aquellos emprendimientos que generalmente no suelen o no pueden ser sufragados con los pagos de los usuarios, como

²² MAIRAL, Héctor. La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos. *RAP*, p. 209-228.

²³ AGUILAR VALDEZ, Oscar R. *Contratación Administrativa y Financiamiento*: La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual: El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas. p. 16.

por ejemplo, el caso de la construcción de complejos de salud pública y establecimientos de educación pública.

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

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

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

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

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

Entre las experiencias de esta figura en el ámbito nacional, puede mencionarse el Decreto de Necesidad y Urgencia n° 1299/2000²⁴ — reglamentado por el Decreto n° 228/2001 — que luego de crear el Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura, como un patrimonio de afectación en el ámbito del Ministerio de Infraestructura y Vivienda, cuyos recursos se afectarían para garantizar los pagos a cargo de los Entes Contratantes en los contratos por ellos suscriptos,²⁵ estableció que el Ente Contratante podría recurrir al contrato de leasing o locación con opción de compra conforme la Ley n° 25.248.

En sentido similar, en el ámbito provincial la Ley n° 12.511 de la Provincia de Buenos Aires creó un Fondo Fiduciario para el Desarrollo del Plan de Infraestructura Provincial, cuyo objeto era financiar la ejecución de obras y emprendimientos en el ámbito de la Provincia, así como promover la participación privada en la construcción, mantenimiento, operación y financiamiento de las obras públicas autorizadas por la misma. En lo que aquí interesa, estableció que el Fondo Fiduciario podría financiar al Poder Ejecutivo, Organismos y Entes del Estado Provincial, quienes desarrollarán por sí o por terceros, el diseño, cons-

²⁴ Al que adhieren la Provincia de La Pampa por ley n° 1935; la Provincia del Chaco mediante Ley n° 4860, la Provincia de Chubut por ley 4694, entre otras.

²⁵ Asimismo previó que el patrimonio del Fondo quedaría irrevocablemente afectado a la garantía de los pagos debidos.

trucción, mantenimiento, operación y financiamiento de obras y servicios, mediante convenio o contratos bajo la forma de leasing o locación con opción de compra u otra figura contractual prevista en el Derecho Público Nacional y/o Provincial o del Derecho Privado.

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

En tercer lugar, la **asociación público privada** es de cuna anglosajona y en su lengua de origen se denomina PUBLIC PRIVATE PARTNER SHIP, pero también es conocida como PRIVATE FINANCE INICIATIVE, en este segundo caso para diferenciarla del anterior, respecto de aquellos supuestos que cuentan con financiación privada. Y difundida a la cultura jurídica francesa, se denomina CONTRATS DU PARTENARIAT.

Como lo ha señalado Aguilar Valdez, entre los diversos significados atribuidos a dicha figura, que en su sentido más amplio comprende cualquier forma de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, cabe precisar su definición delimitándola a la forma de colaboración de los sectores público y privado que tiene por objeto implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta; lo que supone la distribución de los riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte. Acotándolo aún más, constituirían las relaciones entre el Gobierno que contrata con el sector privado para que lo prevea de servicios en un proyecto de infraestructura con una adecuada distribución de riesgos y beneficios para las partes asociadas.²⁶

Se ha dicho asimismo que esta modalidad consiste en la MERCERIZACIÓN total o parcial de emprendimientos — y en su caso — proyectos de INFRAESTRUCTURA PUBLICA O SERVICIOS PÚBLICOS o de interés público, tradicionalmente asumidos por el Estado, para su desarrollo en asociación con actores privados.

²⁶ AGUILAR VALDEZ, ob. cit.

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

- 1º El DISEÑO del emprendimiento y la ELECCIÓN de alternativas de ejecución de la obra o prestación de servicios, Y
- 2º El MANTENIMIENTO del emprendimiento y la OPERACIÓN DE LA OBRA CONSTRUIDA.

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

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

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

Paralelamente a la aparición del decreto mencionado, fue regulado el instituto de la Iniciativa Privada mediante Decreto n° 966/2005. Con anterioridad de su sistematización en este decreto, la iniciativa privada estaba prevista en diversas disposiciones normativas. Así la preveían los términos de la Ley n° 17.520 — en el marco de las concesiones de obras públicas —, modificada por su similar n° 23.696. Su decreto reglamentario n° 1105/1989,²⁷ establecía la posibilidad de presentación por parte de los particulares de proyectos a través de la modalidad de iniciativa privada, cuyo objeto fuera el desarrollo del proyecto y la ejecución de obras. En dicho marco, por ejemplo, el 704/2005 declaró incluida en el régimen mencionado a la iniciativa presentada por la UTE compuesta por Nestor Emilio Otero, EMEPA SA y FERROVIAS SA concesionaria, para la construcción, gerenciamiento, administración y explota-

²⁷ art. 58 inciso incisos l) a n), agregados por el Artículo 1º de su similar n° 635/1997.

ción integral de la nueva Terminal Multimodal de Pasajeros Ferroauto-motor en la Ciudad de Mar del Plata, declarándola de interés público.

También habiéndose declarado de interés público la reconstrucción, refuncionalización y puesta en servicio del Ferrocarril Trasandino Central, ramal ferroviario a correr entre las ciudades de Mendoza y Los Andes (República de Chile),²⁸ mediante el Decreto n° 678/2003 se declaró incluida en el régimen establecido por los incisos l) a n) del Artículo 58 del Decreto n° 1105/1989, a la iniciativa presentada por la Empresa Tecnicagua S.A.I.C.A., tendiente a la realización del estudio de factibilidad técnico económico y los estudios de ingeniería conexos, para la construcción, operación y mantenimiento de un servicio internacional de transporte ferroviario de cargas y pasajeros que vincule los puntos mencionados. A su turno, mediante el Decreto n° 176/2005 se declaró de Interés Público dicha iniciativa privada y contemplando a tal efecto lo previsto por el Decreto n° 966/2005 — ya en vigencia —, por Resolución n° 589/2006 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios se aprobaron el Pliego de Condiciones Generales y Particulares para el consecuente llamado a Licitación

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

Ya en el marco del régimen del Decreto n° 966/2005, por Decreto 248/2006 se declaró de Interés Público el objeto de la propuesta presentada por las empresas Corporación América S.A. y Helpport S.A, consistente en la construcción, mantenimiento, administración y explotación en concesión de un tramo de la actual Ruta Nacional n° 8, comprendido entre las ciudades de Pilar y Pergamino (denominada Autopista Pilar — Pergamino). Asimismo se le reconoció a las empresas como autoras de la iniciativa privada, los derechos previstos en los Artículos 8º, 9º y 10 del Anexo I del Decreto n° 966/2005. Posteriormente, por Resolución n° 591/2006 del Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios se determinó la Licitación Pública Nacional como modalidad de contratación, se instó el llamado a Licitación Pública Nacional y determinó la organización a través del Órgano de Control de Concesiones Viales, la Comisión de Adjudicación a los fines de la consecución y seguimiento del llamado

3.1 Data Room

²⁸ Por Decreto n° 1650/2002.

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

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

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

El Dr. Gordillo²⁹ ha caracterizado al “data room” — banco de archivo de datos — que consiste en que la administración convoque públicamente a los interesados, no a presentar oferta, sino a estudiar la documentación que pone a disposición de los mismos y proponer modificaciones o aclaraciones a los pliegos de la licitación y el contrato. Esto implica introducir los principios de publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato. “De este modo — asegura —, todos los interesados, avisados por la publicación en el Boletín Oficial tienen la oportunidad — en condiciones de igualdad y competitividad — de acercar sus sugerencias..., lo que permite a la administración estudiar todas las objeciones y propuestas y mejorar el llamado a licitación”.

El mecanismo de data room,³⁰ proveniente del sistema de NOTICE AND COMMENTS propio del RULEMAKING PROCESS del derecho norteamericano,³¹ ha sido frecuentemente estructurado en base a las siguientes etapas:

1. Convocatoria a data room para el análisis del proyecto y aprobación de un reglamento operativo y un cronograma.
2. Inscripción, por parte de potenciales oferentes y posterior suscripción de un convenio de confidencialidad, de objeto y vigencia temporal limitada a la celebración del data room y,

²⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. tercera edición, año 1998, p XII 26. t.2.

³⁰ Según el *Blacks Law Dictionary*, Data: Organized information generally used as the basis for an adjudication or decision. Commonly, organized information, collected for specific purpose.

³¹ En derecho administrativo, rulemaking refers to the process that executive agencies use to create, or promulgate, regulations. In general, legislatures first set broad policy mandates by passing laws, then agencies create more detailed regulations through rulemaking. By bringing detailed scientific expertise to

sujeto a las modalidades establecidas en el reglamento operativo.

3. Coordinación, de la autoridad convocante con los inscriptos, el acceso al centro de información.

A ello se sigue luego:

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

Esta herramienta ha sido utilizada asimismo en el campo del derecho privado, en el proceso de transferencia de un paquete accionario de control de una sociedad anónima bajo el procedimiento de licitación privada — internacionalmente conocida como *bidding procedure o auction procces* — o puja de ofertas.³² En este procedimiento concurren una parte vendedora y varias partes potencialmente compradoras, las que competirán entre sí para obtener la adquisición del paquete accionario.³³ Se estructura en varias etapas,³⁴ entre ellas, y a los efectos que aquí se analizan, se desarrolla en dos rondas de ofertas. La primera supone diversos actos:

- 1º Entrega a los potenciales compradores — seleccionados pre-

bear on policy, the rulemaking process has powered the success of some of the most notable government achievements of the 20th century. For example, science-based regulations are critical to modern programs for environmental protection, food safety, and workplace safety. However, explosive growth in regulations have fueled criticism that the rulemaking process reduces the transparency and accountability of democratic government.

³² La transferencia del paquete accionario también admite la modalidad de negociación directa – o tradicional – en la que desde un comienzo la parte vendedora y la parte compradora están claramente identificadas. El procedimiento se estructura en tres etapas: planeamiento interno de la transacción, las negociaciones contractuales y la conclusión del contrato y transferencia accionaria. Para mayor información puede consultarse JIMÉNEZ HERRERA, Federico. *Estructuración de la transferencia de un paquete accionario de control*. La Ley 2002 - C, 970

viamente, luego de una primer toma de contacto — del Informe que contendrá información relativa a la empresa en cuanto a su perfil, su mercado, planes de negocio y posibilidades económicas.

- 2° Establecimiento de las reglas de acceso y uso de la información contenida en el data room (establecimiento de horarios, solicitud de información adicional, obtención de copias de la documentación, etc.).
- 3° Entrega a los potenciales compradores de las instrucciones para la primera ronda de ofertas y requerimiento a de una oferta preliminar no vinculante.
- 4° Presentación por los interesados de la primer oferta no vinculante (*first preliminary bid*).
- 5° Preparación por los interesados de la oferta definitiva.
- 6° Preparación de la ronda final de ofertas: confección del borrador de la carta de intención y del convenio de transferencia accionaria por los asesores de los accionistas vendedores, preparación del data room, preparación de un convenio de confidencialidad a ser suscripto por los empleados y los asesores legales y financieros designados por los potenciales compradores.

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

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

En este contexto, el data room es el lugar físico (habitación, oficina, departamento, etc.) en el que se pone a disposición de los compradores la totalidad de la información y documentación necesaria para hacer la evaluación legal y económica de la empresa. En esta etapa, se ha considerado

³³ Este sistema es considerado el medio que mejor garantiza la obtención del precio más alto para los vendedores, a la vez que supone significativos ahorros de tiempo y de esfuerzo.

³⁴ 1° Planificación interna de la transacción y designación de asesores y preparación de la adquisición; 2° inicio de las negociaciones de venta y sondeo de los interesados; 3° primera ronda de ofertas; 4° ronda final de ofertas; 5° negociación de los términos contractuales definitivos y conclusión de convenio de venta. JIMÉNEZ HERRERA, ob. cit.

conveniente la firma de un nuevo convenio de confidencialidad. Se ha destacado asimismo que en este proceso, la conjunción de participación de diversos compradores, competencia y plazos breves, crean un marco propicio para la puja, que probablemente se traducirá en la obtención de un mejor precio.

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

3.2 Utilización del *data room* en el sistema contractual público argentino

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

Es posible identificar experiencias que utilizan la herramienta del DATA ROOM en los siguientes supuestos:

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

En el ámbito nacional, el Decreto n° 436/00³⁵ — Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional — estableció un mecanismo similar; esto es, la apertura de una etapa previa a la convocatoria para recibir observaciones al proyecto de

A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 11-42, jan./mar. 2007

Pliego de Bases y Condiciones Particulares, cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifiquen. En dicho procedimiento se autoriza al organismo contratante, — amén de las presentaciones que se efectuarán por escrito — a convocar a reuniones para recibir observaciones al proyecto o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. La redacción del Pliego de Bases y Condiciones Particulares definitivo tendrá en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que el organismo contratante las considere pertinentes, a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios de igualdad entre interesados, de promoción de la concurrencia, de la competencia, de la transparencia y de la ética. Esta disposición fue posteriormente recogida por el artículo 8º del Decreto Delegado nº 1023/01.³⁶

- Como etapa de Convocatoria no vinculante con la licitación, en la cual los participantes tienen acceso a la información pertinente para el diseño, construcción, y mantenimiento de emprendimientos de infraestructura o servicios. En estos casos, los potenciales oferentes, ponen en común ante la autoridad contratante propuestas para mejorar las condiciones de los pliegos.
- También lo encontramos formando parte de la primera etapa de proceso de selección en un Concurso Público. Tal el caso de la Resolución nº 814/1998³⁷ del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos por la que se convocó a Precalificación y Acceso al Archivo de Datos a los postulantes interesados en participar en el Concurso Público Nacional e Internacional para la ejecución de las obras en el Dragado de Apertura y Mantenimiento del Vaso Portuario y Canales de Acceso al Puerto de Buenos Aires y la Construcción y Mantenimiento de sus Obras Accesorias y Complementadas.³⁸

Dicha Resolución organizó el concurso en dos etapas: a) Convocatoria a Precalificación y Acceso al Archivo de Datos y b) el llamado a Licitación. En lo relativo a la primera etapa,³⁹ desarrolló el acceso de los postulantes precalificados a la Información de Detalle, el derecho a acceder al Archivo

³⁵ Arts. 10 a 12.

³⁶ El Decreto nº 1023/01 establece el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional.

³⁷ B.O: 24/7/98.

³⁸ El Decreto nº 357/98 – que dispuso las obras en cuestión serían otorgadas bajo la modalidad de la Ley nº 17.520, modificada por la ley nº 23.696 -, en cuyo marco se dictó la Resolución comentada, estableció

de Datos (“Data Room”) y a recibir oportunamente el anteproyecto técnico preliminar y el texto propuesto.⁴⁰

Efectuada la etapa mencionada, establece que previa consideración de las propuestas realizadas por los postulantes precalificados, y efectuadas las modificaciones y aclaraciones que la Comisión considere procedentes, se formulará el texto definitivo,⁴¹ el que resulta incluido dentro de los instrumentos correspondientes al llamado a licitación.

Asimismo, la licitación Pública Nacional e Internacional para la precalificación de interesados en el desarrollo del Centro Judicial destinado a albergar la totalidad de los Tribunales Nacionales y Federales con sede en la Ciudad de Buenos Aires, con excepción de la CSJN ⁴²— cuyo llamado fue luego dejado sin efecto por el Decreto 1468/97 —, preveía una primera etapa que abarcaba una doble fase: la que correspondía a la preselección para el acceso a la Sala de Información Data room; y la comprensiva del procedimiento de precalificación, en la que los postulantes debían acreditar la capacidad técnica, patrimonial, económica y financiera para encarar un proyecto de la envergadura del que era motivo de la compulsión. Posteriormente, se convocaba a los precalificados en la primera etapa a presentar las ofertas correspondientes a la segunda etapa (etapa que no llegó a cumplirse en su totalidad).

- También se utiliza el data room como una etapa de enriquecimiento de Pliegos — Proyecto — dentro de la primer etapa de selección en una concesión por peaje. Así, puede citarse el Decreto Nacional 425/2003 y la consecuente Resolución 60/2003 del

que la autoridad de aplicación fijaría los criterios de ejecución de las obras, las que podrían desarrollarse en una o varias etapas, y en su caso, que el llamado a licitación a su respecto se efectivice mediante una convocatoria integral o en instancias separables. Asimismo estableció que el Pliego por el que se rigiera el llamado debería contemplar los mecanismos necesarios para evaluar las ofertas y seleccionar al concesionario dentro de un marco de transparencia, que permitiera a los proponentes la más amplia participación en el proceso y un acceso amplio a los estudios previos, información y documentación licitatoria.

³⁹ Anexo I - Pliego de Bases y Condiciones de convocatoria a precalificación y acceso al archivo de datos –

⁴⁰ En lo relativo al acceso al data room, ponderó el orden cronológico de precalificación y se reglamentó un mecanismo de consultas por escrito, respecto a cuestiones vinculadas con el procedimiento de la convocatoria, cuyas respuestas serían comunicadas mediante circulares a todos los postulantes precalificados. Estableció que las propuestas de los postulantes, en ningún caso generarían derecho o propiedad intelectual alguna, ni derecho a obtener situaciones preferenciales de cualquier orden dentro del procedimiento del llamado a licitación, en caso de ser receptadas en el texto definitivo.

⁴¹ Si la Comisión decidiera introducir alguna modificación al Texto propuesto (Anteproyecto Técnico Preliminar y Texto Jurídico) podrá hacerlo antes de elaborar el texto definitivo, previa circularización entre los postulantes para que puedan efectuar Propuestas a su respecto.

⁴² Pliego aprobado por Decreto n° 1071/1994.

Ministerio de Planificación de la Nación, en el que se recurrió al data room para licitar el otorgamiento de la concesión por peaje, de la construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación — bajo el régimen de las Leyes n° 17.520 y n° 23.696 —, de determinados Corredores Viales.

La Resolución n° 60/2003, tras efectuar el llamado a licitación Pública Nacional con el objeto mencionado, aprobó los Pliegos de Bases y Condiciones Generales, y el Texto Propuesto del Contrato y Anexos (Pliegos de Condiciones Particulares y Pliego Técnico Particular de cada Corredor), encomendando a la Comisión de Concesiones fijar los procedimientos y participar como contraparte en la etapa de enriquecimiento del Pliego de Condiciones Particulares y de los Pliegos Técnicos Particulares de cada Corredor, y elaborar los Textos Definitivos para su consideración y aprobación por la Autoridad de Aplicación competente (delegando en la Secretaría de Obras Públicas). Al respecto, el Pliego de Bases y Condiciones Generales, establecía que durante el período establecido en el cronograma de la licitación para el funcionamiento del data room se efectuaría la consulta técnica, jurídica, económica y financiera del texto propuesto, período en el que los interesados, quienes hubieran completado su presentación inicial y los postulantes podrán efectuar por escrito propuestas a los documentos señalados.

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

Un mecanismo similar fue establecido a partir del Decreto 1/99 — si bien luego derogado por Decreto n° 1363/2004⁴³ — y la Resolución n° 27/99 de la Secretaría de Obras Públicas. El primero dispuso que la construcción, mejora, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación de la Red de accesos a la Ciudad de Mendoza sería otorgada bajo el régimen de Concesión de Obra Pública por Cobro de Tarifas o Peaje, y estableció que el Pliego de

⁴³ Derogado a raíz de la firma posterior de un Convenio con el objeto de realizar un estudio, proyecto y construcción de la obra Doble vía en la ruta n° 40 Sur Tramo Luján de Cuyo – Ugarteche, obra que con ajuste a los términos del acuerdo, correspondía ser efectivizada de acuerdo a las previsiones de la Ley Nacional de Obras Públicas n° 13.064.

Bases y Condiciones contemplaría los mecanismos necesarios para evaluar las ofertas y seleccionar al concesionario dentro de un marco de transparencia que permita a los proponentes la más amplia participación en el proceso y acceso a los estudios previos, información y documentación licitatoria.⁴⁴ Consecuentemente, la Resolución mencionada luego de efectuar el llamado a licitación pública Nacional e Internacional, y de aprobar el Pliego de Bases y Condiciones, creó la Comisión Especial de Licitación, uno de cuyos objetivos era Conducir el Archivo de Datos o Data Rom y posteriormente elaborar el Texto Propuesto y el Texto Definitivo a que hace referencia el Pliego de Bases y Condiciones para ser aprobados por la Secretaría de Obras Públicas.

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

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

Con respecto a la recepción del data room en la jurisprudencia argentina corresponde mencionar que, aunque esta figura no ha tenido amplia recepción jurisprudencial, ha sido traída a colación⁴⁵ — si bien *obiter dictum* —, como mecanismo tendiente a evitar los conflictos de futuras licitaciones ante la excesiva cantidad de impugnaciones de la que fue objeto la licitación implicada en el caso en el que el Tribunal debió expedirse, y en general, en el contexto nacional.

⁴⁴ Ya en sus considerandos destacaba que el texto definitivo de los estudios de prefactibilidad que integrarían la documentación licitatoria, resultarían del análisis, evaluación y enriquecimiento a producirse durante la etapa de archivo de datos (data room).

4 Mecanismos de participación en la elaboración de la documentación contractual. Nuevas tendencias

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

En tal sentido, las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI),⁴⁶ han previsto un mecanismo de consulta con los oferentes que fueran preseleccionados en un procedimiento de selección del concesionario.

En tal sentido, las disposiciones relativas específicamente a la selección del concesionario prevén que en el supuesto en que la autoridad contratante no considere factible describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto, concretamente, el pliego de condiciones, los indicadores de ejecución, los arreglos financieros o las cláusulas contractuales, de forma suficientemente detallada y precisa para formular las propuestas definitivas, una vez efectuada la preselección de los oferentes, la solicitud de propuestas a los mismos pueda realizarse en dos etapas.⁴⁷

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

⁴⁵ 15/02/2000. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, *Consur S.R.L. c. Municipalidad de Neuquén*. Publicado en *La Ley* 2001- D, 75.

⁴⁶ Nueva York, 2004. Las Disposiciones Legales Modelo fueron preparadas por la CNUDMI como adición a la Guía Legislativa de la CNUDMI (Nueva York, 2001) sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Bajo la finalidad de ayudar a los órganos legislativos nacionales a establecer un marco legislativo favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada, las recomendaciones legislativas y las disposiciones modelo contienen una serie de disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en cuenta al legislar sobre el tema concreto.

⁴⁷ Conf. Disposición Modelo 10: Procedimientos para la solicitud de propuestas.

oferentes preseleccionados.⁴⁸ A dichos efectos, se establece la posibilidad de convocar a reuniones y mantener conversaciones con los ofertantes.

El procedimiento señalado permite que, una vez examinadas las propuestas recibidas, la autoridad contratante pueda reconsiderar y revisar la solicitud inicial de propuestas suprimiendo o modificando algún aspecto del pliego de condiciones inicial, los indicadores de ejecución, los requisitos financieros u otras características del proyecto, incluidas las principales cláusulas contractuales así como el criterio para evaluar y comparar propuestas y para seleccionar al ofertante ganador; o agregar al texto nuevas características o nuevos criterios.

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

5 Incorporación de las modalidades de contratación pública. Su compatibilidad o disfuncionalidad

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

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

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

⁴⁸ Se considera importante que la autoridad contratante establezca las cláusulas contractuales clave del contrato de concesión, en particular sobre la forma de distribución de los riesgos del proyecto, para evitar que los ofertantes intenten minimizar los riesgos que les competen, con el correlativo peligro de que resulte frustrado el objetivo del proyecto.

amparados en el sistema de los tratados internacionales de protección de inversiones.

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

Una posible disfuncionalidad que puede provocar la utilización de estas modalidades en nuestro ordenamiento jurídico puede verse ejemplificada en el procedimiento de selección iniciado con la calificación de interés público de una iniciativa privada prevista en la Ley n° 17.520.⁴⁹ Para establecer la selección del contratista — bajo la modalidad de licitación pública o concurso de proyectos integrales —, se establecía un sistema de tratativa preliminar ente la persona o entidad privada y el Organismo Público a fin de fijar las bases de la futura concesión.⁵⁰ Esta tratativa preliminar implica que el iniciador, quien luego en el procedimiento de selección cuenta con un régimen de derechos y preferencias, acuse una participación previa que podría ser válidamente cuestionada desde la perspectiva de los principios básicos de la contratación pública en nuestro derecho, principalmente el de igualdad.

En forma similar al sistema de las tratativas preliminares puede ser interpretada la locución “términos de referencia” previstos en el Decreto n° 966/05 que aprueba el Régimen Nacional de Iniciativa Privada aplicable a los sistemas de contratación regulados por las leyes n° 13.064, 17.520 y 23.696. En este supuesto, el iniciador también accede a una intervención de la que no participan los futuros oferentes⁵¹ y cuenta con un régimen de preferencias⁵² que lo hace sino incompatible, al menos cuestionable desde la óptica de los principios que informan los procedimientos selectivos.

⁴⁹ El art. 4° inc. c) prevé la concesión de obra pública otorgada por contratación con sociedades privadas o mixtas, en las que se admite la presentación de iniciativas privadas. La ley 17520 fue modificada por la ley n° 23.696, reglamentado por el Decreto n° 1105/1989.

⁵⁰ El art. 4° inc. c) establece que las tratativas preliminares entre la persona o entidad privada y la entidad pública concedente, se llevarán a cabo hasta fijar las bases principales de la futura concesión; hecho lo cual se optará por la licitación pública con dichas bases o se convocará públicamente para la presentación de proyectos en competencia, mediante los avisos o anuncios pertinentes.

Si reparamos en lo expuesto, vemos — siguiendo a Salomoni — que en los sistemas contractuales de la cultura jurídica angloamericana, estos se caracterizan por la posibilidad de negociación directa entre el particular y el órgano estatal. En ellos, el Estado posee una libertad amplia de excepcionar el ordenamiento, el cual — bajo la regla de no imperatividad de procedimientos prefijados — se limita a establecer modalidades selectivas a título meramente enunciativo. Ello puede advertirse en la Reglamentación Federal de Compras del derecho norteamericano (Federal Acquisitions Regulation o FAR), cuyas reglas pueden ser dejadas de lado por el funcionario contratante en casos que así lo justifiquen, lo que resulta discutible que pueda ocurrir en el régimen de contrataciones del sistema europeo continental del que nuestro sistema es tributario.⁵³

5.1 El data room como modalidad de elaboración participativa de normas

Habiendo advertido preliminarmente sobre el peligro que en su génesis supone la importación de institutos que pertenecen a ordenamientos jurídicos foráneos, con principios y fuentes diversas — y algunas veces diametralmente opuestas — a las del derecho argentino, es posible intentar su encuadre — o al menos encontrar finalidades similares — en las normas existentes en nuestro ordenamiento. En especial se abordará su inclusión en el ámbito de la participación ciudadana en la función administrativa, en la relativo a la formación de la voluntad de la Administración Pública dentro de lo que se ha dado a conocer en palabras del Dr. Comadira como participación procedimental no defensiva.⁵⁴

En ese orden, el Decreto n° 1172/2003⁵⁵ que aprueba el Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas como un mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opi-

⁵¹ El art. 6° establece que si se optara por la modalidad de contratación como de Concurso de Proyectos Integrales, el iniciador deberá presentar los Términos de Referencia de los estudios, su plazo de ejecución y prestación, y costo estimado de su realización dentro del plazo de treinta días, debiendo el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, llamar a Concurso de Proyectos Integrales en el plazo de treinta días a contar desde el vencimiento del plazo anterior.

⁵² Al respecto ver arts. 8°, 9° y 10° del Decreto n° 966/2005. El primero establece que en caso de ofertas de equivalente conveniencia, será preferida la de quien hubiera presentado la iniciativa, entendiéndose que existe equivalencia de ofertas cuando la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada, no supere el 5% de esta última. El segundo, reza que si diferencia entre la oferta mejor calificada y la del iniciador, fuese superior al 5% hasta en un 20%, el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas. Por el último art. se dispone para el autor de la iniciativa privada que no fuera seleccionado, el derecho a percibir en calidad de honorarios y gastos reembolsables de quien resultare adjudicatario, un porcentaje del 1% del monto que resulte aprobado

⁵³ Para ampliar, ver CASSAGNE. La Teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano, ED, 30/11/00.

niones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación,⁵⁶ puede resultar recepticio de la modalidad del data room descripta en párrafos anteriores.⁵⁷

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

En el tema que nos ocupa, la documentación contractual que puede sujetarse al mecanismo del data room está constituida principalmente por los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares y Pliegos de Especificaciones Técnicas de la futura contratación, cuya naturaleza jurídica se condice que la descripta en la norma (norma administrativa). En efecto, los Pliegos de Bases y Condiciones Generales poseen naturaleza de reglamento,⁵⁸ en tanto que los Pliegos de Condiciones Particulares, que elaboran y aprueban las respectivas entidades estatales para cada procedimiento de selección, han sido calificados por diversos sectores de la doctrina tanto como reglamentos,⁵⁹ actos de alcance general no normativo,⁶⁰ y finalmente como actos administrativos particulares.⁶¹

Asimismo, la finalidad perseguida en procedimiento de la elaboración participativa de normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana — en particular, de toda aquella persona que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse —, en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley.⁶² En orden similar, la participación

⁵⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo. ob. cit. La participación no defensiva se canaliza por medio de diversas especies del genérico "debido procedimiento previo", cuyo fundamento constitucional deriva de la razonabilidad estatal (art. 28 C.N). La mecanismo de elaboración participativa de normas se encuadra en la modalidad de participación procedimental no defensiva.

⁵⁵ Por este decreto se aprueban diversos reglamentos que establecen mecanismos de participación (audiencias públicas, publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del PEN, acceso a la información pública para el PEN, reuniones abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos).

⁵⁶ Art. 3 del Anexo V

⁵⁷ Por su parte, el Dr. Comadira ha mencionado al art. 10 del Decreto n° 436/00 recogida luego por el art. 8° del Decreto Delegado n° 1023/01 como antecedente significativo de la elaboración participativa de normas en COMADIRA, Rodolfo, Procedimiento Administrativo y Participación Ciudadana, elDial - DC697.

⁵⁸ La CSJN ha categorizado los pliegos de bases y condiciones generales como reglamentos en Espacio S.A c. Ferrocarriles Argentinos, s/ cobro de pesos, 22/12/1993, E.D. 159-43. En el mismo sentido se expresa Comadira quien los califica como actos de alcance general normativo, es decir, reglamentos, en tanto regulan, con vocación de permanencia, una pluralidad de casos indeterminados y se incorporan al ordenamiento sin consumirse con su aplicación. COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública* (Nociones, Principios, Cuestiones). Depalma, p. 115 y ss.

de los interesados — esto es, potenciales oferentes de un procedimiento de selección del contratista estatal, o postulantes precalificados con acceso al archivo de datos — en la determinación de las bases de la futura contratación, puede considerarse inscripto en dicho precepto, siendo palmario su interés en tanto que del contenido de los pliegos dependerá, en definitiva, la elección de quien resultará contratista estatal, el régimen de ejecución del contrato respectivo, y en definitiva, el interés público mismo comprometido en el éxito en la realización de la objeto del contrato.⁶³

Esta participación se alinea asimismo con los principios cardinales de la contratación pública, como lo son la publicidad y la concurrencia,⁶⁴ principio este último que si bien está establecido en favor de la Administración para contratar con quien ofrezca las mejores garantías, en la medida en que se permita la discusión y recepción de los aportes de los interesados, probablemente se traducirá en una mayor afluencia de oferentes que mejorará las contrataciones del estado.

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

Por último se observa que los propósitos mencionados en los considerandos del decreto promulgan con la idea esbozada, en tanto que, para alcanzar el saneamiento de las Instituciones, otorga un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a

⁵⁹ Conf. BARRA. *Contrato de Obra Pública*, t. 2, p. 485

⁶⁰ Conf. COMADIRA. ob. cit. p. 116. Entiende que las prescripciones de los pliegos de condiciones particulares son aplicables a una pluralidad indeterminada de personas (potenciales oferentes) que se consumen con su aplicación.

⁶¹ Conf. REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: 2000. p. 138.

⁶² Conforme art. 4º, Anexo V.

⁶³ Al respecto, el Dr. Rejtman Farah sostiene que "...el propio sector privado productor de los bienes o servicios a contratar, tiene muchas veces experiencia y conocimiento que frecuentemente su participación contribuye a complementar la del órgano licitante. Si estas discusiones son públicas y abiertas entre todos los posibles competidores, tal mecanismo participativo — sobre todo en cuestiones de alta complejidad técnica— permitirá un mejor diseño de las especificaciones a requerir. REJTMAN FARAH, Mario. *Contrataciones Públicas transparentes: un desafío en la emergencia*. *Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad*, p. 103, mayo 2004.

⁶⁴ Sobre este principio se ha dicho que tiende a permitir que el mayor número posible de interesados pueda formular su oferta: CANOSA, A. N. y MIHURA ESTRADA, G. *El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial*. Publicado en *JA*, n. 6010, p. 24-25, del 06/11/96.

los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración. Asimismo se sostiene que mejorar la calidad de la democracia supone garantizar el máximo flujo informativo entre los actores sociales y sus autoridades a fin de asegurar el ejercicio responsable del poder.

En consecuencia, es posible encontrar en el Decreto n° 1.172/2003 una herramienta que al receptor la discusión de los interesados en forma pública, no sólo constituya una fuente de información de la Autoridad Pública, sino también como instrumento que posibilita la transparencia.⁶⁵

6 Epílogo

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

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

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

⁶⁵ Entre las medidas preventivas para posibilitar la transparencia en las contrataciones públicas, la doctrina ha destacado los procedimientos consultivos, ente ellos las reuniones con el mercado de potenciales oferentes para discutir previamente las bases de la futura contratación. Ver REJTAM FARAH, Mario. ob. cit.

siguientes razones principales:

- Por un lado, el crecimiento (la expansión) de los mercados se ha traducido en nuevas formas de desigualdad por efecto del renovado desequilibrio entre capital y trabajo.
- Por el otro, lo anterior, genera un empobrecimiento de los bienes sociales como consecuencia del hecho de que los sujetos económicos, bajo el ropaje de los nuevos desafíos de la competitividad global, han acentuado la tendencia a la absorción de recursos.
- Finalmente, por la institucionalización jurídica de un derecho que lo vuelve posible y que asume en un caso el perfil de una *lex mercatoria* autodirigida por la economía y asimismo por la institucionalización de una *lex mundialis* capaz de crear las condiciones para una ciudadanía cosmopolita.⁶⁶

Cuadro de situación que dentro del contexto de economías en desarrollo en el cuál se inscriben las realidades latinoamericanas se integra con las externalidades del *crony capitalism*, los *riesgos morales* y las prácticas de *rent seeking* que este componente conlleva, tal como fuera sucintamente presentado al inicio de este trabajo.⁶⁷

Para concluir, cabe postular que frente a una globalización desterritorializada y de lógica puramente económica y financiera, que ignora las identidades regionales y sus tradiciones jurídicas, debe erigirse una internacionalización que identifique en sus componentes centrales el reconocimiento de las identidades y similitudes de las tradiciones jurídicas latinoamericana.⁶⁸ Que así sea.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DAMSKY, Isaac Augusto. Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en argentina: crisis del Estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 11-42, jan./mar. 2007.

⁶⁶ Cfr. GREBLO, Eduardo. en ob. cit., p. 11, 14 y sgtes., siguiendo su línea argumental.

⁶⁷ Se sugiere ampliar en Chudnovsky, Daniel, López, Andrés y Pupato, Germán "Las recientes crisis sistémicas en países emergentes: las peculiaridades del caso argentino", Universidad de San Andrés, Buenos Aires, 2004; López, Andrés, "Empresarios Instituciones y Desarrollo Económico: El caso argentino", CEPAL – Buenos Aires, 2006, Krueger, Anne, "Why crony capitalism is bad for economic growth?", en VVAA. Stephen Haben (Ed.) *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America, Theory and Evidence*. Hoover Institution, CA, 2006.

|

⁶⁸ Vinculado a la cuestión de las intersecciones de la globalización sobre la realidad latinoamericana, no puedo dejar de recrear las palabras de Arturo Jauretche, quien en su obra "los profetas del odio" señalaba: "si todo es según el color del cristal con que se mira, conviene saber que anteojos y anteojeras nos han puesto parecidas a esas gafas que usan muchos nativos, con la que logran ignorar los verdes de nuestros campos y los azules de nuestros cielos", acomodados al matiz uniforme de aquellas casas de óptica que dirigen los instrumentos modeladores de la llamada inteligencia argentina".