

LA TRANSPARENCIA REPUBLICANA COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DEL OBRAR ESTATAL: SU APLICACIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL

PABLO A. GUTIÉRREZ COLANTUONO

I. PRELIMINAR

La importancia que reviste por estos tiempos la Asociación Argentina de Derecho Administrativo es de por más significativa.

En su seno se permite, una y otra vez, recrear el libre intercambio de las diversas realidades y perspectivas de los Derechos públicos locales y del federal; señalándose los puntos de conexión entre unos y otros, que desde una visión axiológica del poder permitan reforzar la construcción de la identidad del Derecho administrativo y su vinculación con los derechos de los ciudadanos.

Todo ello a partir de un sistema jurídico —y subrayo lo de *sistema*— que, desde lo político e institucional, se reafirme una y otra vez en la plena vigencia republicana y federal, plasmada por los constituyentes de 1853 en el Artículo 1º de la Constitución Nacional.

Así, la necesaria impronta que el sistema republicano ejerce sobre el poder habrá de consolidarse solamente a partir de la efectiva vigencia del límite impuesto por el Artículo 19 de la Constitución Nacional, cuya interpretación armónica con los Artículos 14, 28 y 33 determinará la competencia en el obrar de los órganos y organismos del Estado en general, y en particular en las relaciones contractuales que desde el poder se enlazan con los ciudadanos.

Convencido entonces de que varias de las situaciones políticas, institucionales y sociales de las últimas décadas han sido producto de la mirada distraída y despreocupada del espíritu republicano, intentaré esbozar algunas consideraciones e interrogantes respecto de la actividad o inactividad del Estado desarrolladas en el campo contractual como generadoras del deber de reparar un *daño* producido a partir de la gestión, ejecución o extinción de un vínculo contractual.

Pero, esta vez, solamente tomando como elemento de estudio o valoración aquellos hitos en la contratación administrativa que, a la postre, provocan distorsiones en el vínculo contractual. Distorsiones que, a su vez, terminan fundando, en algunos casos, la imputación de responsabilidad hacia el Estado, y en otros tantos, la ausencia del deber de responder frente a vínculos contractuales que, en origen, se constituyeron contrariando determinados presupuestos básicos.

II. LA TRANSPARENCIA

Conforme lo enunciado precedentemente, es interesante abordar en la faz contractual las implicancias que posee frente a los problemas de la responsabilidad

del Estado uno de los valores fundamentales del sistema: la transparencia como presupuesto básico del sistema republicano de gobierno, que permitirá constituirse, entre otros, en el censor concreto, palpable, estandarizable y controlable de la juridicidad o no de las contrataciones públicas.

Para desde allí analizar cómo incide la conducta del contratista que conscientemente consolida un vínculo imperfectamente alcanzado, y cómo ello habrá de trasladarse al campo de la responsabilidad contractual del Estado.

Fuerza abordar, al examinar tal principio, la realidad emergente de las diversas contrataciones realizadas en la década del noventa en nuestro país, las cuales, en algunos casos, no han sido precedidas de tal recaudo, tanto en la etapa pre contractual como estrictamente contractual, habiendo ello contribuido —junto con otros factores— a desdibujar el rol del Estado como instrumento del bienestar general.

Así, ya no puede negarse, desde el Derecho formal, aquello que en el Derecho material se observaba: la tensión existente entre los distintos titulares de la relación jurídica contractual pública: usuarios, ciudadanos, prestadores de servicios y Estado.

Efectivamente, los diversos contratos por los cuales se traspasaron cometidos de gestión o titularidad pública a manos privadas, en especial, los destinados a la prestación de servicios públicos de alcance federal (v. gr.: telecomunicaciones), se han concretado, en algunos casos, sin un marco regulatorio de defensa de la sociedad usuaria.

Tal situación se ha visto resaltada desde la perspectiva del proceso reformador constitucional de 1994, el cual, claramente, ha propugnado el rol regulador del Estado, reafirmando la necesidad de la efectiva vigencia del control.

No resulta, entonces, banal ni sobreabundante retomar aquel eje republicano, ponderando a la transparencia que ha de primar en los procedimientos de selección del cocontratista y en la instrumentación del acuerdo, como factor determinante para la mejor satisfacción del interés público presente en cada contratación del Estado y —en lo que nos convoca— para la determinación del deber de responder de aquel.

Interés público que —por otra parte— es contradicho y subvertido a partir de falencias tan habituales como la ausencia del llamado a licitación o de la previa afectación presupuestaria, así como la omisión o inutilidad de otros mecanismos legalmente previstos en los Derechos públicos para asegurar la transparencia.

Porque —en definitiva— el seguimiento de tales presupuestos normativos al tiempo de contratar:

1. Validará e informará sobre la regularidad de la conducta contractual a concretarse por parte del órgano que se encuentre en competencia para ello.
2. Disparará pautas que, a la luz de la teoría de los actos propios, seguramente permitirán analizar integralmente la procedencia o no de la obligación de responder de parte del Estado frente al reclamo del contratista.
3. Armonizará la relación legalidad eficiencia del gasto.

III. EXPERIENCIAS LOCALES Y FEDERALES: CLÁUSULAS QUE OSCURECEN

En tal orden de ideas, una vez más remarcaremos el desacierto en que se incurre desde el Derecho público federal, provincial y municipal al estipularse cláusulas contractuales y previsiones normativas, que, en su esencia, desvirtúan aquel presupuesto de transparencia.

Parece no advertirse el cambio normativo operado en la sistemática constitucional —principalmente a partir del proceso constituyente reformador de 1994— que viniera a reafirmar la postura mantenida desde ya hace tiempo por la más destacada doctrina nacional sobre el punto.¹

Así, observamos con notable frecuencia como condición de la selección del contratista, condiciones claramente distorsivas, tales como:

┐ "[...] sólo se tendrán en cuenta aquellas ofertas de las empresas que hayan aportado ingresos brutos los tres últimos años en la jurisdicción provincial que invita públicamente a ofertar [...]."

┐ "[...] será condición para participar en el proceso licitatorio *cumplimentar antecedentes de contratación con el organismo licitante en los últimos tres años [...]*".

┐ "[...] los residentes en otras jurisdicciones se sujetarán a los pliegos que prevén una calificación mayor para quienes posean sus domicilios en la 'zona' de influencia del llamado a licitación [...]."

Este tipo de pautas de selección, amén de comportar en diversos casos un desplazamiento o derogación de facto de la función de los registros de licitadores —que tienden a demostrar y certificar objetivamente la capacidad de los oferentes, por datos subjetivos— desvirtúan los principios de transparencia e igualdad recogidos por el Derecho positivo argentino.

Se violenta, de esa manera, el núcleo constitucional básico garante de tales principios, compuesto por los Artículos 1º, 16, 33, 75, inciso 22, y cc. de la Constitución

¹ Marienhoff destacó en su tratado: "La recta conducta, el respeto absoluto al orden jurídico, los procedimientos e intenciones acordes con las máximas exigencias de la dignidad han de constituir la esencia de todo acto administrativo", y agregó: "La exigencia de que la validez de todo acto jurídico —sea de Derecho privado o público— tenga inexcusablemente un substrato ético, una base moral, constituye un verdadero principio general del derecho". Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 347. Comadira, Julio Rodolfo, puso de resalto, al referirse al principio de publicidad que rige en la materia, lo siguiente: "Es particularmente destacable que en virtud de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los Estados Parte, entre los cuales está la Argentina, convinieron en considerar la aplicabilidad, en sus ámbitos institucionales, de las medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (Art. 3º, inc. 5). A esa consagración suprallegal del principio de publicidad de las contrataciones cabe, asimismo, sumar igual acogida en el ámbito legal, por la Ley de Ética Pública Nº 25.189", *La licitación pública (notiones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, 2000. Cassagna, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 43. Como dijera Manuel Atienza: "El Estado democrático de Derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. Justamente, la necesidad de asegurar la efectiva vigencia de los principios de transparencia y publicidad trauce en sí el mantenimiento de la más íntima esencia del Estado de Derecho: el sometimiento del poder a la razón", *REDA* Nº 85, 1995, p. 5.

Nacional, la Ley N° 24.759 que aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción (conf. Arts. 2°, inc. 5°, 12 y cc.), la "Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales" (Ley N° 25.319); normas estas últimas incorporadas operativamente al Derecho público interno federal —sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del inciso 22, del Artículo 75, de la Constitución Nacional— de consuno con doctrina judicial del caso "Ekmejdjian", de 1992, ratificado por los casos "Fibraca" y "Café La Virginia".

Un nuevo ejemplo en el desierto de tales políticas selectivas en materia contractual ha sido, y es, el tratamiento diferencial de las Cooperativas Populares como prestadoras de diversos servicios públicos en el marco del Derecho público provincial neuquino, que analizaremos a continuación.

IV. LAS COOPERATIVAS POPULARES: SU INCIDENCIA FRENTE A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMUNALES

Interesa presentar, como elemento de estudio y valoración en el esquema que aquí se propone, el camino seguido respecto de la prestación del servicio público de energía eléctrica en la provincia de Neuquén por parte de Cooperativas Populares.

IV.1. El caso

En diversos municipios de la provincia de Neuquén —en especial en la Capital Provincial— el servicio público de energía eléctrica es prestado por Cooperativas Populares.

En el caso de la ciudad de Neuquén, el servicio de distribución de energía eléctrica venía siendo prestado por la Cooperativa Provincial de Servicios Públicos y Comunitarios de Neuquén Limitada (CALF), desde tiempos inmemoriales.

En tal contexto fue que operó un nuevo vencimiento del contrato de concesión, por lo que se intentó una vez más adjudicar la prestación obviando la licitación pública y adjudicando en forma directa a CALF, tal como se venía haciendo desde hacía décadas.

La ordenanza que dispuso tal intento fue cuestionada ante el Poder Judicial —mediante un proceso de control de constitucionalidad concentrado—² por resultar contraria a diversos preceptos contenidos en la Constitución Provincial, dando ello lugar al renombrado caso "CALF", en el cual el Alto Tribunal local tuvo oportunidad de sentar su postura sobre el tema.

En aquella oportunidad, se abordaron como tópicos principales la prestación directa e indirecta del servicio público, los mecanismos de selección del contratista estatal en materia de servicios públicos a la luz de la normativa constitucional

² Acción Autónoma de Inconstitucionalidad, prevista en los Arts. 30 y 170 de la CP y regulada en la Ley provincial N° 2.130.

provincial, las competencias de los municipios en la materia y la prestación de dicho servicio por parte de Cooperativas Populares.

IV.2. Criterio del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén

Al resolver sobre el punto en el caso "OTHAZ"³ el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén sentó dos principios básicos:

- a) En el marco provincial, la regla general para la selección del co contratista en materia de servicios públicos es la licitación pública.
- b) Las cooperativas prestadoras de servicios públicos se encuentran sujetas al mismo régimen que los particulares, no revistiendo el carácter de entidades intermedias susceptibles de exceptuar por tal razón la regla licitatoria.

Declaró entonces la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal que pretendía sustraer a la cooperativa del procedimiento licitatorio.

IV.3. Fallo de la CSJN

Recurrido por la comuna el fallo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Sra. Procuradora dictaminó en fecha 14 de diciembre del año 2000, propiciando la procedencia del recurso extraordinario, por entender que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Neuquino se apartaba inequívocamente de la solución normativa prevista en el texto constitucional provincial.

Tal criterio no fue compartido por la Corte, la cual desestimó el recurso extraordinario en fecha 16 de octubre del año 2001.

IV.4. En busca de una solución: la enmienda constitucional

Tal decisorio impactó seriamente en el ámbito municipal y provincial, ya que en su mayoría la prestación de los servicios públicos de orden local se encuentra bajo la gestión y organización de Cooperativas Populares.

Se imponía, desde la jurisprudencia del Alto Tribunal Provincial, la regla de la licitación pública para conceder a un tercero la prestación del servicio público de energía eléctrica local.

Ello provocó una férrea oposición desde el arco político, ya que se sostenía —a partir de la incidencia social de las cooperativas— la inconveniencia de sujetarlas al procedimiento licitatorio.

Fue, en tales circunstancias, que se pretendió *ingeniosamente* eludir las claras consecuencias del fallo mediante la incorporación de tal discusión —por cierto coyuntural— al esquema constitucional, con la única finalidad de exceptuar a las Cooperativas Populares del recaudo de licitación pública; forzando así una solución que *neutralizara* lo resuelto por el Máximo Tribunal Provincial en punto a someter a las cooperativas al régimen licitatorio.

³ TSJNQN Acuerdo N° 539 del 30-06-1998.

Para ello, en fecha 11 de julio de 2003 y por Ley Provincial N° 2.433, se dispuso la enmienda⁴ de los Artículos 207 y 224 de la Constitución Provincial que habían sustentado el criterio expuesto en el fallo "OTHAZ", estableciéndose conjuntamente con las elecciones provinciales a celebrarse el 28 de septiembre de 2003 la realización del pertinente *referéndum* popular convalidatorio.

- Específicamente, el Artículo 207 de la CP establece como principio general para las concesiones de servicios públicos el de la licitación pública. Agregaba la enmienda que quedaban excluidos del trámite licitatorio los entes autárquicos o autónomos estatales y Cooperativas Populares, a los que podrá otorgarse la concesión en forma directa.

- Por su parte, el Artículo 224 integrante del denominado "régimen económico", al ser enmendado pasó a disponer que los servicios públicos prestados por entes autárquicos o autónomos estatales y Cooperativas Populares podrán adjudicarse sin trámite licitatorio y en forma directa.

Sin embargo, realizado el *referéndum*, la enmienda constitucional proyectada y consensuada por la mayoría legislativa fue rechazada por la ciudadanía, por lo cual —finalmente— la alteración del texto constitucional no pudo consumarse.

IV.5. Distorsión del sistema.

Tal experiencia, en el marco provincial, resulta al menos ilustrativa. Se pretendía, a través del mecanismo de la enmienda, evitar someter la actual situación de exclusividad o privilegio de quien presta por delegación el servicio público a una compulsa pública de precios que permitiera verificar su grado de eficiencia en el cumplimiento de su objeto contractual.

Resultaba paradójico que ello se impidiera desde el propio Estado, quien ha de garantizar la mayor eficiencia en sus contratos, independientemente de la forma jurídica de los co contratantes y de la subjetividad de los gobernantes.

Tal desviación se veía agravada por la metodología utilizada (reforma constitucional por el mecanismo de la simple enmienda) para eludir definitivamente la vigencia del principio de transparencia mencionado, cuya aplicación —por otro lado— aparece como obligatoria para los Derechos públicos provinciales, en especial a partir de los criterios jurisprudenciales anteriores a la Reforma del año 94 y validados con posterioridad por los Artículos 31 CN, 75, inciso 22 y 116 de la Constitución Federal.

Ello, sin descontar que tal enmienda pudo haber sido reputada de inconstitucional por violentar el propio límite existente en el Derecho constitucional originario de segundo grado.

En efecto, el Artículo 300 de la CP, al prever este mecanismo "flexible" de reforma de la constitución provincial, impone un férreo límite, consistente en que por tal mecanismo no se "altere el espíritu de la constitución".

⁴ Prevista por el Art. 300 de la CP.

Y tal expresión del constituyente había sido entendida jurisprudencialmente⁵ como comprensiva de los preceptos que establecen principios generales que hacen a la esencia institucional de una comunidad, como ser: el de la arquitectura del régimen de gobierno, el de la libertad individual, el de los derechos y garantías individuales, el principio republicano de gobierno, la división de Poderes, el régimen municipal, la libre iniciativa privada como causa eficiente del orden económico, etc; estando insita en esta última la búsqueda de la mayor eficiencia y de la mejor satisfacción de las necesidades públicas.

Tales precedentes hacían suponer que la alteración del régimen de contrataciones públicas, previsto por el constituyente vía enmienda, suponía una modificación del espíritu de la carta local, cuestión que finalmente quedó sin resolverse en atención al resultado negativo del *referéndum* popular.

V. VINCULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA CON EL DEBER DE RESPONDER DEL ESTADO. POSIBLE DESPLAZAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESPONDER DE PARTE DEL ESTADO

A) PRINCIPIOS DESDE LA JURISPRUDENCIA FEDERAL

La relevancia que la transparencia posee en el ámbito contractual del Estado adquiere particular dimensión en el plano de la responsabilidad, ya que, siguiendo el criterio plasmado por la Corte Federal en el caso "Carl Chung Ching Kao c/ Provincia de La Pampa", de fecha 25-09-2001, puede postularse –en algunos casos– el desplazamiento de la obligación de responder de aquel.

En tal precedente se sostuvo: "La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación" (Fallos: 308: 618; 316: 382, *La Ley*, 1993-E, 402), agregándose: "[...] la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia (Fallos: 323: 1515, votos de la mayoría y concurrente del Juez Vázquez). Esta condición que se impone ante las modalidades propias del Derecho administrativo concuerda con el principio general también vigente en Derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta" (Arts. 975 y 1.191 del Código Civil).

Así, de no observarse los requisitos preestablecidos en el Derecho público local para la celebración y/o ejecución del contrato –licitación pública, partida presupuestaria, etc.– no se generará la obligación de responder de parte del Estado ya

⁵ TSJNQN Acuerdo N° 649 del 07-09-2000, "Aspitia Américo Rosa c/ Municipalidad de Zapala s/ Acción de Inconstitucionalidad".

que, en palabras de la Corte: "[...] no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un contrato que no habría sido celebrado con las formalidades establecidas por el Derecho administrativo local para su formación [...]".

B) CRITERIO NEUQUINO. INTERVERSIÓN DEL TÍTULO

Tal pauta, sostenida en el ámbito federal, me lleva a no concordar con el criterio mantenido por el Tribunal Provincial Neuquino (al menos en una de las manifestaciones contractuales del Estado, el empleo público), al propugnar que la irregularidad del vínculo creado por ambas partes muta hacia la juridicidad mediante la interversión del título, consagrando derechos en cabeza de quien contrató irregularmente con el Estado.

En efecto, se ha sostenido en la jurisprudencia local que la prestación de servicios laborales bajo la forma de contratos de locación de servicios, por tiempos prolongados satisfaciendo actividades o necesidades habituales de la actividad administrativa, provoca en el agente, de pleno derecho, la concreción de la garantía de la estabilidad en sentido propio. Ello en forma automática, sin necesidad de acto formal alguno o examen que acredite su idoneidad.⁴

Así, desde situaciones irregulares o antijurídicas consentidas expresamente por el contratista o prestador y el Estado, se extrae la plena consagración de determinados derechos a favor de quien presta servicios en la calidad de contratado.

Como dijimos, se utiliza para arribar a tal conclusión el concepto civilista de la "interversión del título", fundado en el paso del tiempo. Esto es, regularizar aque-

⁴TSJNQN, "Fuentes, José Norberto c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", (Acuerdo N° 540 del 05-08-1998), fallo en el cual se reiteran los términos del precedente "Gutiérrez" para concluir que la estabilidad del empleado público, consagrada en la Constitución Nacional, es una estabilidad en sentido propio, una estabilidad que enmarca las prerrogativas administrativas, en beneficio del empleado. De tal modo -y frente a la negativa de la Administración de reconocer estabilidad a un agente que había sido contratado en forma sucesiva en más de treinta y seis oportunidades por períodos de un mes- el Tribunal partió de la siguiente premisa: "El nombramiento en carácter de contratado no se convierte en definitivo por el mero transcurso del tiempo". Sin perjuicio de ello, entró el cuerpo a analizar los mecanismos por los que el paso del tiempo puede consolidar derechos respecto del cho a la estabilidad pasados tres años de servicios continuos o cinco discontinuos, considerándose que tal prescripción aparece razonable, dado que algún límite debe fijarse a la transitoriedad, y puesto que lo contrario importaría una situación de irritante desigualdad con respecto al personal de planta permanente, posibilitando que se cometan abusos por parte de la Administración, al mantener en estado de inseguridad *sine die*, respecto de la estabilidad y negándole el derecho a la carrera administrativa a agentes públicos de reconocida capacidad e idoneidad para el cargo. Agregó que es innegable - como se viera- que la Administración tiene el derecho de contratar personal, al margen del régimen de empleo público, durante un lapso determinado y para satisfacer necesidades puntuales y no permanentes de su funcionamiento. Es cierto también que puede prorrogar ese contrato y/o firmar nuevos contratos temporarios con el mismo. Pero lo que la Administración no tiene es el derecho a mantener *sine die* en una situación indefinida a parte de su personal, e indagando la *ratio legis* de la normativa en análisis concluyó, siempre desde la juridicidad, lo siguiente: "El régimen del contrato por tiempo determinado, en el marco de las actividades del Estado, tiene por función salvar cuellos de botella temporarios en el funcionamiento de la Administración y hasta es obvio admitir que significa un virtual período de prueba del desempeño de su personal, de modo de pasar a planta permanente solo a los empleados temporarios más dispuestos, inteligentes, capaces o trabajadores. Pero el régimen de contrato a plazo no puede significar un sistema para procurarse a muy bajo costo, y sin protección alguna del empleado, un servicio totalmente normal y permanente".

lo que ha nacido contrariando a la norma (ausencia de examen de idoneidad previo y acto expreso de ingreso formal a la planta).

Tal postura parece al menos no encuadrarse dentro del concepto de buena fe que debe regir las relaciones contractuales del Estado, aplicable a ambas partes y que, conjugada con el de transparencia en el obrar, tanto del Estado como del particular, ordenan la neutralización de los efectos positivos o negativos del vínculo ilegítimamente contraído.

Dicho en palabras de la Corte Federal, en un caso fallado recientemente en fecha 11 de junio de 2003:⁷ “[...] la buena fe implica un deber de coherencia de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la celebración y ejecución de los contratos según lo disponen, respectivamente, los Artículos 1.071 y 1.198 del Código Civil, y es aplicable por igual tanto en el campo del Derecho privado como del Derecho administrativo, en el que, por consiguiente —según se ha resuelto repetidamente—, también es dable exigir un comportamiento ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que, merced a los actos anteriores, se haya suscitado en la contraparte (Fallos: 308: 191, considerando 5º, y 314: 491, entre otros). [...] que para atribuir a la conducta valor de regla es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes, para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces (Fallos: 313: 367 y 315: 865); ya que, de lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo [...]”.

VI. APRECIACIONES FINALES

Intentado unir las diversas ideas aquí expuestas remarcaré —en palabras de Alberdi— que la constitución ha de ser una “carta de navegación del país” y que los padres de nuestra Carta Magna Federal (Gutiérrez, Gorostiaga, Alberdi) pretendieron que ella tuviera efectiva vigencia y diera lugar a las prácticas, los hábitos y actitudes necesarios para que fuera algo más que una “hoja de papel” (para usar la expresión de Lasalle).

Pero —tal como apesadumbradamente expresó Carlos Santiago Nino—⁸ los valores constitucionales muchas veces no fueron internalizados por personas influyentes que estuvieran dispuestas a aprovecharse de los intersticios del texto constitucional, a interpretarlo falazmente o, directa y abiertamente, a quebrantarlo, a veces pretextando cínicamente perseguir su verdadero espíritu, cuando sus intereses estuvieron en peligro.

⁷ CSJN “Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento”.

⁸ Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992, segunda edición.

El regreso a la vigencia real del Estado de Derecho a través de aquellos principios generales proyectados por Alberdi, y luego constitucionalizados, nos señalará el camino posible en la salida de esta suerte de laberinto contractual en el que se encuentra por estos tiempos el Estado, provocado por las vinculaciones que supieron concebir y concretar sus funcionarios obligando conscientemente a aquel a responder por situaciones que, a la postre, aparecen bien alejadas de los límites que se imponen desde el articulado constitucional.

Dalla Via⁹ sostiene: "Se debe entender que las declaraciones de la parte dogmática—de la constitución—tienden a reafirmar la libertad individual y la igualdad ante la ley, dando preponderancias a la libertad y a la iniciativa individual como principio y reduciendo el papel del Estado a aquellas funciones que las normas constitucionales determinan en forma restrictiva, limitada y derivada entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial [...]".

Una vez más, el sentido republicano escogido a manera de "puerta de ingreso" al país constitucionalmente democrático habrá de enseñarnos y señalarnos el respeto de las competencias y prerrogativas que sirvan para desarrollar los actos del Estado sin afectar ilegítimamente los Derechos subjetivos públicos o los fines de la Administración.

Ello también es parte de una necesidad que cubre el conocimiento de las fuentes y finalidades del Derecho administrativo como derecho superador de la *dialogía democrática* *eficacia*; términos que lejos de resultar antitéticos son complementarios e integradores de un modo de vida que se pretende en un marco de seguridad jurídica en el mundo contractual del Estado.

Todos los contratos estarán alcanzados por el límite preciso del Artículo 19 de la CN, informado a partir de la plena vigencia de Artículo 1º en ejercicio respetuoso y armónico de la reglamentación de los derechos previstos por el Artículo 28.

Y la franca violación consciente o inconsciente de los límites impondrá, en algunos casos, la responsabilidad contractual del Estado, en otros, la del funcionario responsable, y, en tantos otros, la falta de atribución legítima de responsabilidad alguna por encontrarse trabado el vínculo en forma irregular por el Estado y el contratista.

Así, en particular se sostendrá:

1. La transparencia del obrar administrativo es un deber emergente del sistema republicano impuesto a partir del Artículo 1º de la CN.
2. La actividad contractual del Estado ha de sujetarse a la juridicidad que rige al ejercicio del poder.
3. La transparencia es un presupuesto de validez de la actividad contractual del Estado y de su posterior responsabilidad en tal marco funcional.

⁹ Dalla Via, Alberto R., *Itinerario y vigencia de la constitución histórica*, monografías jurídicas 153, Editorial Lexis Nexis.

4. El respeto por los procedimientos legalmente previstos para celebrar el vínculo contractual, tales como el procedimiento de selección y las afectaciones presupuestarias, son aplicaciones directas del sistema republicano.

5. Las consecuencias disvaliosas de un vínculo consagrado al amparo de conductas antirrepublicanas se ha de trasladar a los derechos y deberes de *ambas partes* del contrato administrativo.

6. El vínculo contraído sin respetar los procedimientos, como principio, no podrá ser fuente válida de alegación del contratista para fundar la responsabilidad del Estado.

7. La posible invocación, por parte del contratista, de la "confianza en la aparente legalidad del obrar estatal" a fin de imputar consecuencias válidas al vínculo irregularmente contraído aparece desvirtuada frente al presupuesto de transparencia y su nexa con el principio de juridicidad del obrar estatal.

8. Excepcionalmente, admitida la dispensa a favor de contratista en punto a su desconocimiento del vicio al momento de contratar, pesará sobre aquel la carga probatoria del tal extremo.

Quizás no sean ideas nuevas, ni construcciones enjundiosas desde lo científico, más la interpretación deontológica del Derecho ha de ser al menos uno de los parámetros fundamentales que lleven al Estado a solucionar situaciones hoy presentadas –al igual que ayer– como disvaliosas frente a ese interés público que ha de regir en las relaciones del Estado.

Por último, he de reproducir la cita de Emilio Ravignani,¹⁰ cuando se refiere a la sesión del 20 de abril de 1853¹¹ y sostiene:

"[...] en aquella oportunidad, el presidente del *soberano Congreso Nacional Constituyente de la Confederación Argentina* (ese es el nombre histórico) y diputado por Salta, Dr. Facundo Zuviría, sostuvo que no era tiempo de dictar la Constitución del Estado en razón de la carencia de pacificación, la ausencia de Buenos Aires, que ya por entonces producía la tercera parte de la riqueza nacional, la falta de costumbres republicanas de la población, entre otros argumentos que indicaban inmadurez del momento para su sanción [...]. Además, la constitución es planta nueva para el pueblo argentino: pide un terreno abonado antes por la paz y clama por las pasiones, por algunas leyes preexistentes, por algunos hábitos de orden y de una racional obediencia. Pide, sobre todo, miramientos prolijos y estación oportuna para plantarla [...]"

"[...] esto recibió una respuesta enérgica de casi todo el Congreso, que fue liderada por el diputado por Entre Ríos, Dr. Juan María Gutiérrez; quien sostuvo que la

¹⁰ Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas (1813 - 1898)*, T. IV., Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1937.

¹¹ En realidad, es la primera sesión para el tratamiento del proyecto de constitución que quedó sancionado once días después: el 1º de mayo de 1853. La actividad anterior del Congreso se había centrado en la aprobación de su reglamento interno, desde su apertura en sesiones preparatorias el 15 de noviembre de 1852.

constitución no es una teoría, como se ha dicho, *nada más práctico que ella*, es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley y encerrada en ese código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única, a la que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos [...]. Y son las palabras que más adelante expresa este lúcido diputado lo que nos demuestra que la afirmación precedente es de una necesidad ineluctable de los pueblos y, lamentablemente, de una actualidad brutal para nuestra sociedad. Sostuvo en 1853 el tribuno: "Hay que observar dos fenómenos notables en la vida de nuestros pueblos, [...] fenómenos que han existido juntos, y que por lo mismo deben comprenderse juntos, como lo está el efecto a su causa —cuarenta años de inconstitución, y cuarenta años de desórdenes políticos y depravación de costumbres— preciso es convencerse; esto precede de aquello.

En suma, nuestro abandono de la constitución y la legalidad —tanto dentro de la normalidad institucional formal como fuera de ella— de los últimos setenta años suma, con aquellos cuarenta que menciona el histórico diputado Gutiérrez, más de la mitad de la vida independiente de nuestra Nación en la quimérica búsqueda del bienestar, el que sólo alcanzaremos después de internalizar y concretar el respeto irrestricto de la constitución, las leyes y la previsibilidad social que caracteriza a los pueblos evolucionados de la Tierra.

LA I

Esto:
diga:
un ac
la Co
corpo
tud o

Aden
naje
no he

Cuen
de q
por é
y 190
en di
magn
solan
ne pe

Como
public
Arger
"al co
demie
de Tuc
Federi
nal. Le
pregu
tiende
Alberc
fundic
habia
por m.
textua

Creo q
va a se
pensar
guías e
etapa