

SECCIÓN V

PRÓLOGOS

Por razones de espacio se han seleccionado solo algunos prólogos, al azar. Los que han sido elegidos están reproducidos por orden cronológico.

SUMARIO

HÉCTOR A. MAIRAL, <i>La licitación pública</i> , Buenos Aires, Depalma, 1972	P-1
TOMÁS HUTCHINSON, <i>Las Corporaciones Profesionales</i> , Buenos Aires, FDA, 1982	P-7
MAURICIO OBARRIO, <i>De cómo fuí juez</i> , Buenos Aires, FDA, 1988.....	P-11
NIDIA KARINA CÍCERO, <i>Servicios públicos. Control y protección</i> , Buenos Aires, UBA y ECA, 1996	P-19
DANIELA UGOLINI, <i>Código contencioso administrativo y tributario y demás normas del proceso administrativo de la ciudad de buenos aires. con nota de Daniela Ugolini</i> , Buenos Aires, La Ley, 1999	P-23
MARIO REJTMAN FARAH, <i>Impugnación judicial de la actividad administrativa</i> , Buenos Aires, La Ley, 2000.....	P-25
MARÍA CLAUDIA CAPUTI, <i>La ética pública</i> , Buenos Aires, Depalma, 2000 ...	P-29
ALBERTO B. BIANCHI, <i>La Regulación Económica</i> , Buenos Aires, Ábaco, 2001	P-33
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, <i>Conferencias de Argentina</i> , Madrid, Civitas, 2002	P-37
ISMAEL FARRANDO (dir.), <i>Contratos administrativos</i> , Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.....	P-41

INÉS D'ARGENIO, <i>La justicia administrativa en argentina. situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional</i> , Buenos Aires, FDA, 2003 (2ª ed., 2006)	P-51
JULIO RAFFO, <i>Ley de fomento y regulación de la actividad cinematográfica comentada</i> , Buenos Aires, Lumière, 2003	P-57
HÉCTOR MAIRAL, <i>Las raíces legales de la corrupción: O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla</i> , Cuadernos de la RPA, Editorial Rap, Buenos Aires, 2007	P-63
EDITORIAL LA LEY (dir.), <i>Derecho administrativo. Doctrinas esenciales</i> , Buenos Aires, La Ley, 2010	P-67

Prólogo a HÉCTOR A. MAIRAL

La licitación pública, Buenos Aires, Depalma, 1972

1. El doctor HÉCTOR A. MAIRAL, profesor adjunto por concurso de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, forma parte de un grupo hoy ya maduro de profesores que tuvo el placer y la distinción de formarse bajo la guía y el aliento infatigable del Dr. MANUEL MARÍA DIEZ: Por ello es justo y honesto dedicarla, como el autor lo hace, al profesor titular consulto de la materia. Todos los que llegamos a la cátedra del Dr. DIEZ sabemos de la excepcional apertura intelectual y personal que lo singularizó desde siempre en su predisposición constante para apoyar a todo aquel que manifestara vocación por la enseñanza y la investigación en derecho administrativo; todos sabemos lo mucho que hemos recibido, reiteradamente, sin adquirir ninguna obligación que no fuera la propia contracción al estudio y a la investigación. No puede un prologuista pretender sumarse al homenaje que implica la dedicatoria de un libro como éste, pieza vital y cuidadosamente elaborada de la propia personalidad, pero puede al menos congratularse en nombre de todos quienes participaron y participan de aquel esfuerzo conjunto de aprendizaje y enseñanza, de que una voz más de reconocimiento se haya ahora sumado a otras.

2. El Dr. MAIRAL se caracteriza, para quienes hemos trabajado a su lado, no sólo por su capacidad de trabajo y su rigor teórico, sino también por su especial vocación intelectual por vivir al mundo del derecho en función de solución de problemas reales antes que de vacíos esquemas conceptuales. Cuando aún pocos docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hacían su enseñanza tomando como elemento indispensable de ella la formulación y solución de casos prácticos, ya el profesor MAIRAL estaba en la vanguardia, planteando los problemas vivos de la realidad, en la cual se pone a prueba todo el conocimiento, toda la información y toda la imaginación que cada uno puede aportar. Esta actitud no podía menos que reflejarse en el desarrollo del libro, donde se advierte una saludable prescindencia de analizar o crear fórmulas sin referencia

empírica, y una igualmente importante actitud de ubicar al lector en el plano de la realidad, sin dejar de sopesarla axiológicamente y resolverla normativamente.

3. La obra que prologamos trata un tema cuya importancia es acertadamente puesta de relieve por el autor al señalar que en la actualidad la contratación con el Estado para la provisión de bienes y servicios o la ejecución de obras, es una experiencia creciente, tanto por parte de la administración central o de las múltiples formas de empresa pública, como por parte de la empresa privada que funciona en una economía de activa participación estatal. Por tanto, “mientras anteriormente las contrataciones con el Estado las celebraba un sector ...actualmente la mayoría de las empresas de alguna significación... mantiene vínculos contractuales con el Estado,” a lo que debe agregarse la concreción de grandes proyectos industriales, que modernamente se realizan o deben realizarse también en un proceso de selección pública.

A este respecto, MAIRAL destaca la importancia de canalizar el poder de compra del Estado hacia las empresas que se desempeñan con mayor eficiencia y por ende con menores costos, para lo cual es fundamental el empleo de la licitación pública, que evita distorsiones al régimen de la libre competencia empresarial; en otras palabras, todo el sistema económico se ve influenciado por el empleo de la licitación pública en las diversas contrataciones del Estado.

De esta forma, el autor nos indica desde las primeras páginas que la forma en que se instrumente este régimen de selección del contratista del Estado deja de ser un microfenómeno exclusivo del ámbito del derecho administrativo clásico, para pasar a influir en un amplio sector de la actividad privada.

No obstante esto, MAIRAL se hace cargo de las múltiples críticas y divergencias doctrinarias, algunas varias veces centenarias, respecto al procedimiento de la licitación pública. Su opinión es que debería flexibilizarse normativa e interpretativamente el funcionamiento de la licitación y evitar actitudes formalistas que a veces asumen los funcionarios encargados del trámite, “para quienes suele pesar más el deseo de evitar problemas con los órganos de control que el interés de obtener un contrato provechoso para la Administración.” Advierte también que no sólo es cuestión de extremar las precauciones precontractuales y olvidar luego la aplicación del mismo celo en la ejecución del contrato celebrado.

4. Pasando al desarrollo de la obra, y sin entrar en reseñas propias de un comentario bibliográfico, es oportuno resaltar de ella diversos aspectos de particular interés.

En primer lugar mencionamos la aguda exposición de la problemática de la tutela del interés legítimo en el ámbito judicial que sirve de basamento al análisis de las soluciones propuestas por el autor. Al respecto, MAIRAL formula una atrayente y convincente analogía con el sistema norteamericano de protección de lo que entre nosotros se denominaría interés legítimo, para pasar a continuación

a plantear el problema en términos de filosofía jurídica. Aparece aquí claramente el enfoque jusfilosófico que al comienzo de este prólogo señalamos como una de las facetas de la personalidad del autor: Sostiene que, ante la ausencia de claras pautas legislativas, los jueces en realidad no se preguntan primero si el actor está legitimado para accionar, y luego si tiene derecho en cuanto al fondo de la cuestión, sino que la pregunta de hecho se formula en términos de conveniencia práctica y política, además de una valoración de justicia en el caso concreto; es en función de tales premisas no expresadas que el juzgador resolverá, según MAIRAL, que un individuo tenía derecho subjetivo y “consecuentemente” acción judicial o que no tiene acción judicial porque estaba en juego “únicamente” un interés legítimo. La referencia que MAIRAL hace a la orientación de la jurisprudencia de intereses, como teoría general del derecho a aplicar en la solución del problema, es explícita y categórica: “De esta manera se evita centrar la discusión en conceptos abstractos y se traen a la luz los verdaderos argumentos que pueden inclinar al intérprete hacia una u otra solución.”

Creemos que el aporte de MAIRAL adquiere aquí una renovada utilidad y significación en nuestro medio, tan apegado a concepciones más formalistas del derecho. Aun sin compartir enteramente la ubicación del autor en esta línea de pensamiento filosófico-jurídico, no puede menos que reconocerse que ella es al menos una de las vertientes de las cuales se necesita para arribar a cualquier solución que no sea un mero juego de palabras, o una solución artificial y falsamente normativa “pura.” El valor del trabajo de MAIRAL es, pues, indiscutible, y su originalidad en el tema indubitable.

Por otra parte, MAIRAL complementa el enfoque antedicho con un exhaustivo análisis normativo en aquellos aspectos en que considera que las normas vigentes arrojan luz sobre las posibles soluciones.

Así, al tratar el control administrativo, el autor realiza una cuidadosa exégesis de las normas de la Ley de Procedimientos Administrativos y de su decreto reglamentario. Destacamos el interés de algunas conclusiones cuya trascendencia excede el marco de la licitación para abarcar aspectos de la teoría del acto administrativo. Tal, las reflexiones del autor sobre las consecuencias de la falta de autorización previa, las que contienen una persuasiva crítica de la idea, sostenida por nosotros, de que la autorización a posteriori sería inadmisibles; considera él, en cambio, que debe admitirse el efecto convalidatorio de una autorización *ex post*. Igual solución propugna para una autorización o habilitación presupuestaria tardía. Sostiene el autor que el vicio no ocasiona la nulidad del acto, y aun para el supuesto de que se entendiera lo contrario recuerda que por la aplicación del art. 17, *in fine*, del decreto-ley 19.549/72, el acto de adjudicación no podría de cualquier manera revocarse por carencia de autorización previa, cuando ella fuere necesaria, porque estaría en tal caso amparado por el principio de la estabilidad.

En cambio, en el acápite relativo al control judicial, y en particular en lo referente a la posible suspensión o anulación de un contrato ya celebrado y en vías de cumplimiento, MAIRAL retoma firmemente la argumentación empírica y axiológica, y concluye en negar aquella posibilidad, por tal tipo de argumentos. Su razonamiento merece cuidadosa lectura y, compártanse o no sus apreciaciones sobre los valores en juego y la realidad, no se podrá negar que la temática analizada es harto significativa y la argumentación muy valiosa, a pesar de no haber aquí análisis normativo estricto de por medio. Aun anotando nuestra discrepancia con las conclusiones del enfoque, no podemos sino pasar a continuación a plantear el problema en términos de filosofía jurídica. Aparece aquí claramente el enfoque jusfilosófico que al comienzo de este prólogo señalamos como una de las facetas de la personalidad del autor: Sostiene que, ante la ausencia de claras pautas legislativas, los jueces en realidad no se preguntan primero si el actor está legitimado para accionar, y luego si tiene derecho en cuanto al fondo de la cuestión, sino que la pregunta de hecho se formula en términos de conveniencia práctica y política, además de una valoración de justicia en el caso concreto; es en función de tales premisas no expresadas que el juzgador resolverá, según MAIRAL, que un individuo tenía derecho subjetivo y “consecuentemente” acción judicial o que no tiene acción judicial porque estaba en juego “únicamente” un interés legítimo. La referencia que MAIRAL hace a la orientación de la jurisprudencia de intereses, como teoría general del derecho a aplicar en la solución del problema, es explícita y categórica: “De esta manera se evita centrar la discusión en conceptos abstractos y se traen a la luz los verdaderos argumentos que pueden inclinar al intérprete hacia una u otra solución.”

Creemos que el aporte de MAIRAL adquiere aquí una renovada utilidad y significación en nuestro medio, tan apegado a concepciones más formalistas del derecho. Aun sin compartir enteramente la ubicación del autor en esta línea de pensamiento filosófico-jurídico, no puede menos que reconocerse que ella es al menos una de las vertientes de las cuales se necesita para arribar a cualquier solución que no sea un puro juego de palabras, o una solución artificial y falsamente normativa “pura.” El valor del trabajo de MAIRAL es, pues, indiscutible, y su originalidad en el tema indubitable.

Por otra parte, MAIRAL complementa el enfoque antedicho con un exhaustivo análisis normativo en aquellos aspectos en que considera que las normas vigentes arrojan luz sobre las posibles soluciones.

Así, al tratar el control administrativo, el autor realiza una cuidadosa exégesis de las normas de la Ley de Procedimientos Administrativos y de su decreto reglamentario. Destacamos el interés de algunas conclusiones cuya trascendencia excede el marco de la licitación para abarcar aspectos de la teoría del acto administrativo. Tal, las reflexiones del autor sobre las consecuencias de la falta de

autorización previa, las que contienen una persuasiva crítica de la idea, sostenida por nosotros, de que la autorización a posteriori sería inadmisibles; considera él, en cambio, que debe admitirse el efecto convalidatorio de una autorización *ex post*. Igual solución propugna para una autorización o habilitación presupuestaria tardía. Sostiene el autor que el vicio no ocasiona la nulidad del acto, y aun para el supuesto de que se entendiera lo contrario recuerda que por la aplicación del art. 17, *in fine*, del decreto-ley 19.549/72, el acto de adjudicación no podría de cualquier manera revocarse por carencia de autorización previa, cuando ella fuere necesaria, porque estaría en tal caso amparado por el principio de la estabilidad.

En cambio, en el acápite relativo al control judicial, y en particular en lo referente a la posible suspensión o anulación de un contrato ya celebrado y en vías de cumplimiento, MAIRAL retoma firmemente la argumentación empírica y axiológica, y concluye en negar aquella posibilidad, por tal tipo de argumentos. Su razonamiento merece cuidadosa lectura y, compártanse o no sus apreciaciones sobre los valores en juego y la realidad, no se podrá negar que la temática analizada es harto significativa y la argumentación muy valiosa, a pesar de no haber aquí análisis normativo estricto de por medio. Aun anotando nuestra discrepancia con las conclusiones del enfoque, no podemos menos que resaltar la importancia de sacar a luz, para su discusión y evaluación, los argumentos en pro y en contra que MAIRAL lúcidamente expone.

5. Tanto en los puntos aquí mencionados como en muchos otros se observa cómo el autor relaciona el tema en análisis con instituciones de otros capítulos del derecho administrativo y aun de distintas disciplinas jurídicas. Tal lo que ocurre con las limitaciones al recurso de alzada por razones de oportunidad, tema arduamente debatido en doctrina y al cual el autor aporta una original contribución.

En punto a las relaciones con otras ramas del derecho, cabe mencionar la interesante y original vinculación con la ley de represión del monopolio que formula MAIRAL, para sostener que sería ilegítimo adjudicar una oferta gratuita, o de precio irrisorio, o de precio claramente inferior al costo de la prestación respectiva, pues cualquiera de esas hipótesis puede indicar la intención de excluir paulatinamente la participación de competidores, con el resultado final de monopolizar la oferta y cotizar precios muy superiores a los reales del mercado; a la inversa, claro está, también puede darse el caso de acuerdos de oferentes en cuanto a sus respectivas ofertas, acuerdos éstos que un competidor ajeno al círculo puede intentar destruir cotizando un precio real pero mucho menor del que resulta de tales convenios o pactos internos de las empresas. Estas y otras consideraciones llevan a MAIRAL a sostener, a nuestro juicio con razón, que el más bajo precio no puede tomarse como un criterio automático para adjudicar, sino que deben ponderarse todos los factores que inciden en el costo.

6. En sus conclusiones, MAIRAL afirma que la efectividad práctica de los remedios jurídicos propuestos no es satisfactoria: Existen atendibles razones por las cuales los particulares tienen reticencia para interponer recursos (“... pueden hacer incurrir al recurrente en el disfavor del organismo licitante, consideración... que... es muchas veces puesta de relieve por los mismos funcionarios a cargo de la licitación”), para lo cual propone como alternativa que se permita recurrir a las cámaras gremiales que agrupan a los contratistas. Esta tesis, que requeriría la modificación de las normas o de la interpretación de ellas vigente, nos parece un verdadero hallazgo del autor y solucionaría en gran medida el problema de la renuencia de los oferentes a recurrir personalmente de los actos que los agravian.

7. Esta cuidadosa, profunda, aunque concisa, y creativa obra de MAIRAL, pone de relieve sus dotes de investigador, su clara ubicación en la realidad administrativa y la por cierto descontada elaboración sistemática de los elementos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios de los problemas estudiados. Se podrá discrepar con algunas de sus soluciones, se podrá disentir con alguno de sus enfoques, pero habrá de acordarse que se trata de una obra y de una contribución que marca un jalón importante en el derecho administrativo argentino, y de un libro que desde su concepción misma es ya posible vaticinarle con certeza que se transformará en una obra clásica de nuestro derecho público.

AGUSTÍN GORDILLO