

JUAN CARLOS CASSAGNE

DIRECTOR

TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS

II

 INCLUYE
VERSION eBook

LA LEY

TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS



TOMO II

JUAN CARLOS CASSAGNE

Director

LA LEY

TÍTULO CUARTO

LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL Y LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS

SUMARIO

CAPÍTULO I	<i>Princípios das licitações, por</i> DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO	733
CAPÍTULO II	<i>Apuntes sobre la licitación pública, por</i> IGNACIO M. DE LA RIVA.....	734
CAPÍTULO III	<i>La licitación pública (Análisis normativo), por</i> ISMAEL MATA.....	785
CAPÍTULO IV	<i>Aplicación de los principios de buena fe y "pacta sunt servanda", por</i> NORA CHIBÁN.....	823
CAPÍTULO V	<i>Contrataciones directas, por</i> ALBERTO BIGLIERI.....	841
CAPÍTULO VI	<i>Los pliegos de bases y condiciones, por</i> LEONARDO F. MASSIMINO.....	881
CAPÍTULO VII	<i>Expresión en los pliegos de los criterios de evaluación, por</i> DIEGO P. LLINÁS	945
CAPÍTULO VIII	<i>Comisiones de evaluación en los trámites licitatorios: su función y la naturaleza jurídica de las opiniones que emiten (¿actos administrativos o dictámenes?), por</i> CARLOS MARCELO LAMOGLIA	957
CAPÍTULO IX	<i>La oferta, por</i> OSVALDO SISELES	991
CAPÍTULO X	<i>La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos, por</i> DOMINGO SESÍN.....	1013
CAPÍTULO XI	<i>Ofertas condicionadas y ofertas alternativas en la selección del contratista estatal, por</i> LAURA M. MONTI.....	1041

CAPÍTULO XII	<i>La adjudicación del contrato público. Una reforma ineludible, por EDUARDO GARCÍA RAJO</i>	1053
CAPÍTULO XIII	<i>Garantías y contratación administrativa. Mantenimiento de oferta, Cumplimiento de contrato, contragarantía e impugnaciones en el procedimiento, por LEANDRO T. PACHECO BARASSI y MARÍA VICTORIA FINN</i>	1073
CAPÍTULO XIV	<i>El perfeccionamiento del contrato administrativo, por DANIELA UGOLINI</i>	1105



CAPÍTULO QUINTO

CONTRATACIONES DIRECTAS

Por ALBERTO BIGLIERI⁽¹⁾

SUMARIO: I. Introducción. II. Contrataciones directas. III. El derecho penal. IV. Precepto constitucional nacional. V. Monopolio y monopsonio. VI. Rol del Estado. VII. Constituciones provinciales. VIII. Objeto o características principales de las contrataciones directas por vía de excepción. IX. Contrataciones directas en el dec. 1023/2001. X. Objeto o características principales de las contrataciones directas por vía de excepción. (En detalle). 1. Único oferente. 2. La emergencia. 3. Las ofertas frustradas. 4. El *ius variandi*. 5. Las compras secretas. 6. El oferente estatal. XI. Otro tema: Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social. XII. Breves comentarios sobre el Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur Cmc- dec. 23/2006, LN 26443. XIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las contrataciones directas son un fenómeno de imposible erradicación en el sistema del derecho público. Nacieron antes que los procedimientos que conocemos, por vocabulario de uso cotidiano, como licitaciones y perviven en dos grandes grupos que receptan las normas vigentes y que clasificaremos en este trabajo. Nos encontramos ante la vigencia de dos institutos de distinta raíz, pero de idéntica denominación, que dificulta más la tarea de su estudio.

(1) Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo I de la UNLZ. Profesor Regular Adjunto de Derecho de la Integración de la UBA. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UDE. Abogado UNLZ. MBA. Universidad de Baltimore.

Como la constitucionalización del derecho a la vida no eliminó, ni redujo la tasa de homicidios, ni la mortandad infantil por desnutrición, ni los accidentes de tránsito fatales en la Argentina, ni en ninguno de los países que han incorporado los Pactos Internacionales de protección a los Derechos Humanos a sus bloques de constitucionalidad. Tampoco la incorporación al derecho interno de los Pactos sobre transparencia y anticorrupción⁽²⁾ o la constitucionalización de la Licitación⁽³⁾ eliminará ese flagelo.

Es que, como intentaré demostrar, la construcción del instituto procedimental “licitación” no se acuñó como un sistema destinado a combatir la plaga eterna del actuar indecoroso del administrador. Y desde allí es que me arriesgo a sostener que las constantes modificaciones a los sistemas de selección previa del contratante y, en especial, la inmensa cantidad de excepciones que como un paso o eslabón más del método procedimental, consagran la posibilidad de contratar directamente por montos y dimensiones que *a priori* no podrían excusarse de licitar, hacen volver el tiempo atrás. Desandando el camino, desconstruyendo el instituto de la licitación pública desde el poder político, cualquiera que fuese su signo, se busca la libre contratación que, ataviada de agilidad y eficacia administrativa, se utiliza para encubrir la irregularidad del actuar estatal teñido de sospechas e impunidad.

Es que, la gran dificultad se encuentra —para quienes buscan como principal finalidad de este procedimiento la transparencia y la lucha contra la corrupción— en la equívoca denominación de dos institutos de una naturaleza diametralmente opuesta, consagrados en nuestra normativa con un idéntico nombre que confunde tanto al principiante como al más avezado investigador de los órganos u organismos de control.

(2) LN 24759, Convención Interamericana. LN 26097 Convención de las Naciones Unidas.

(3) Catamarca: Art. 174. Corrientes: Art. 22. Chaco: Art. 67. Entre Ríos: Art. 44. Jujuy: Art. 85. La Rioja: Art. 72. Mendoza: Art. 37. Neuquén. Art. 224. Río Negro Art. 98. Tucumán: Art. 12. Buenos Aires (sólo para las Municipalidades) Art. 193, inc. 7.

Efectivamente, es una Contratación Directa, la que se realiza en los niveles iniciales de la escala dineraria fijada por las normas contractuales —sólo precedida por las “cajas chicas” u otros similares— y se conecta como la única alternativa de los actuales procedimientos licitatorios que puede demostrar su relación genealógica y plantarse ante la sociedad como la legítima heredera de su honorable antepasada: la libre contratación pública.

Por el contrario, el instituto de las “excepciones”, aplicables a montos superiores, puede pretender ligarse a otros antecedentes contractuales cuando las analogías del derecho privado prevalecían sobre las normas puras de derecho público, y que fueron a ocupar el espacio que dejó vacío la libertad contractual del Estado. Luego el crecimiento de la incidencia administrativa activa en el mercado, exigía como correlato mayor control para ese supuesto, y en menor medida —este es mi planteo— limitar los pecados de la *tentación* de los funcionarios que podían orientar la decisión hacia una contraparte con la que se relacionen, en riña con la ética.

Lo cierto, es que el procedimiento licitatorio recorre un orden lógico —a veces sin secuencia temporal— que va desde su nacimiento al posterior abandono de la libertad contractual mencionada, incorporando obstáculos al recorrido selectivo de la contraparte, a la vez que robusteciendo su anclaje normativo. Cuanto más alambicado el procedimiento, más alto el rango normativo que lo impone.

Pero, hecha la ley... (o el reglamento, o el Tratado, o la manda constitucional), institucionalizado el atajo.

Las excepciones, que como veremos también se han multiplicado con el tiempo, han progresado aún más en el volumen de los objetos contratados que en su normativización⁽⁴⁾. Y como si esto fuera poco, la doctrina —y la jurisprudencia y la

(4) La urgencia y el único oferente acaparan la mayoría de las contrataciones. El crecimiento monumental es el de los montos que se contratan sin licitación.

legislación— bautizan genéricamente al desenlace del procedimiento inconcluso con idéntica terminología que aquellos contratos menores ya mencionados. A ambos se los conoce como: Contratación Directa.

Esta última, se transforma en un *instituto virtual*, bajo cuya denominación se engloba a todos los *institutos reales* de las excepciones aplicables al procedimiento licitatorio disparado por la norma determinante del quantum de los contratos públicos, creando una confusión fenomenal.

II. CONTRATACIONES DIRECTAS⁽⁵⁾

La contratación directa es un instituto subsistente del viejo régimen de libertad contractual del Estado incipiente, con poca intervención administrativa y menor presencia en el mercado. Conlleva un altísimo nivel de responsabilidad del funcionario, pero que se ve muy amenguado por la escasa incidencia dineraria de la contratación. Incluso, pasa inadvertida en las macro auditorías y controles superficiales de los órganos u organismos cuya competencia se limita al control posterior de la gestión pública.

Me he referido a las primeras, las que se determinan así por utilizarse para la adquisición de servicios o suministros por montos menores, —*contrataciones directas naturales* y a las se utilizan para unificar el conjunto de excepciones del procedimiento licitatorio— *contrataciones directas artificiales*⁽⁶⁾.

Se comenzará a notar que *la artificial* crea una cortina de humo, que produce dos efectos: primero impide la visión y luego irrita la vista. Como el sistema real consagra a la contratación directa *natural* para montos exigüos, los controles se

(5) GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid. 1987, 8º ed., p. 69. Este autor, como la mayoría de la doctrina, utiliza el mismo título de esta referencia para dedicarse a estudiar tanto a los métodos excepcionales dentro del procedimiento licitatorio como a las de "presupuesto inferior".

(6) BIGLIERI, ALBERTO, *Contrataciones Directas*, LA LEY, 2010-D, 1138.

relajan. Pero aún cuando perciben que la importancia dineraria, la duración o la trascendencia pública de esa contratación directa *artificial* no se condice con su *natural* aplicación, se aborda su estudio desde el falso presupuesto que el recorrido del procedimiento precontractual, con la sola cita y aplicación parcial de las normas licitatorias —que contienen las excepciones—, implica su respeto y conclusión normal.

Abundan publicaciones de llamados a cotizar sobre objetos únicos en el mercado⁽⁷⁾. U otras cuya urgencia en la adquisición, se argumenta después de iniciado el procedimiento. Todos “atajos” para lograr una *contratación directa artificial*, justificada por la excepcionalidad.

La situación, además se relaciona en forma directa con la complementariedad de la norma administrativa en relación con la legislación penal, de ética pública y las convenciones internacionales de transparencia y anticorrupción. El desapego al procedimiento es la infracción que dispara el control sobre la responsabilidad penal del funcionario.

III. EL DERECHO PENAL

El código penal se nutre de normas *extrapenales* a las que remite cada vez que se encuentra ante la dificultad de definir un tipo penal específico, casi abandonando la filosofía propia de esa rama del derecho y entrando en una tensión con las garantías a la libertad, defendidas desde la tipificación expresa en la ley penal como elemento determinante.

Es que nuestro sistema, aplica al mismo tiempo ambas reglas, creando un grave problema ante los casos en que las conclusiones del control administrativo no comprueban fallencias, que a la hora de ser denunciadas en la sede penal si-

(7) Por ejemplo: alquileres de inmuebles para oficinas de determinados metrajes y localizaciones, que en las pequeñas ciudades, muchas veces son únicos o ninguno reúne las exigencias, lo que deriva en otras formas excepcionales de contratación.

guen en curso. Otros Sistemas —como el español o el francés— sólo disparan el proceso penal después de constatada la irregularidad administrativa.

IV. PRECEPTO CONSTITUCIONAL NACIONAL

En 1994, se reformó la Constitución Nacional, y se incorporó este artículo que contiene el precepto de protección a la libre concurrencia.

"Artículo 42 - Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

*"Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la **defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales**⁽⁸⁾, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".*

En este sentido la reformada estructura jurídica organizada desde la nueva letra constitucional ha impulsado esta situación, pues en el principio de la concurrencia y competencia del mercado en la economía argentina, no puede estar ausente la contratación pública⁽⁹⁾. Sostengo, entonces, que la letra del art. 42, sin recurrir a una fórmula como la de la expresión de los presupuestos mínimos ambientales (del art. 41 de la CN), igualmente atraviesa la tradicional forma de reparto de las competencias constitucionales, y atándose a la potestad del Congreso Nacional sobre las relaciones civiles y comerciales, se inmiscuye en adelantar un umbral o base de control a la participación del Estado como agente del merca-

(8) El resaltado me pertenece.

(9) Fallo Warming SA, CNCAF Sala IV 5/11/2002.

do, situación que no puede ser obviada por las legislaciones locales. Estamos en presencia de la consagración de otro derecho (en este caso común y sustancial), que el constituyente le ha ordenado proteger a *las autoridades*, llamadas de esta forma genérica pues —también como en el art. 41— no se ha limitado esa orden a los poderes legislativos. A pesar de la anterior comparación, para el caso que nos ocupa, es el Congreso de la Nación quien debe tutelar el ámbito del desarrollo de los derechos comunes que le corresponde regular, so pena de tornar ilusorias las normas que rijan relaciones en un atmósfera que las haga impracticables.

Sin tomar partido de antemano por la ubicación del art. 42⁽¹⁰⁾ en los esquemas de distribución de competencias constitucionales es igualmente esclarecedor apuntar que:

“...la esencia no otorga la denominación de “común” al plexo normativo, sino la decisión histórica de las Provincias de delegar su regulación para que en todo el territorio nacional rigieran las mismas normas de derecho civil, comercial, penal, laboral, minería y de la seguridad social. En otros términos, no atañe a la esencia de los derechos que su regulación sea competencia del Congreso o de las legislaturas provinciales, sino de la política

(10) Por fuera de las atribuciones expresas del Congreso sobre normas comunes, pero con la lógica de reconocer también entre ellas algunas esparcidas a lo largo del texto, como por ejemplo las tributarias del art. 4 y del 17, o las relativas al régimen electoral y partidos políticos (arts. 37 y 38). Estos ejemplos, además, sometidos a una protección especial de reserva legal conforme al art. 99 inc. 3 —exclusión de DNU—. No obstante, las CSJ en el consid. 7º de “Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús” utiliza una redacción —a mi entender en el sentido que vengo exponiendo— clara, pero que deja algunas dudas al referirse únicamente al art. 75: “A título general, debe recordarse que, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)”. En 2008, en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros” al tratar el tema del Riachuelo, la CSJ usa otra expresión compleja, pero se acerca más a la idea de incorporar derechos comunes y específicos a la tradicional lista del 75: “la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional”.

del constituyente. El derecho de fondo es, por su lado, el que regula directamente las relaciones y situaciones jurídicas sustanciales, sin importar que las mismas sean de derecho público o de derecho privado. El carácter de fondo sí debe indagarse en la esencia del derecho; el derecho regulado es sustancial o adjetivo y allí no existen criterios subjetivos de clasificación, aunque pueda haber zonas grises”⁽¹¹⁾.

En relación, ahora sí directa, Dromi, en un listado de las normas constitucionales que él considera los fundamentos del orden público económico, incluye al art. 42 y se refiere a todos esos preceptos así:

“En este orden, todos los valores constitucionalizados referidos a la economía configuran un marco mínimo al que debe ajustarse el diseño de las políticas de Estado y el ordenamiento jurídico. Es decir que tales valores informan un modelo en base al cual es posible juzgar sobre la validez sustancial del ordenamiento económico”⁽¹²⁾.

V. MONOPOLIO Y MONOPSONIO

Es menester, para avanzar en esta lectura incorporar algunas premisas del vocabulario económico y señalar que, la mención del monopolio alcanza para limitar la figura del Estado como único oferente, pero que además, la norma anterior más genérica que garantiza “*la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*” viene a incluir la prohibición, a extenderla, a las otras formas típicas de defectos de la competencia también conocidas como posiciones dominantes:

(11) PUSTERLA, JOSÉ C. Y ANTONOWICZ, MARTÍN. “El carácter local del derecho administrativo en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema”. Suplemento Derecho Administrativo de La Ley, 22 de Junio de 2010, p. 19.

(12) DROMI, ROBERTO, *Competencia y Monopolio* —Argentina, Mercosur y OMC—. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 36.

“La competencia que se produzca entre un gran número de vendedores (competencia perfecta) será distinta de aquella que se genere en un mercado donde concurra un número reducido de vendedores (oligopolio). Como caso extremo, en donde la competencia es inexistente, destaca aquel en que el mercado es controlado por un solo productor (monopolio). En cualquiera de estas situaciones, los productores compartirán el mercado con un elevado número de compradores. También caben, sin embargo, las situaciones en que hay un reducido número de demandantes, como por ejemplo los casos de monopsonio y oligopsonio. En general puede afirmarse que cuanto más alto resulte el número de participantes más competitivo será el mercado.

“Un monopolio es un mercado donde solo hay un oferente. El empresario monopolista tiene la capacidad para determinar el precio. Un monopolio natural surge cuando el costo medio total de una empresa individual se reduce a un nivel tal que ella sola puede producir la cantidad total vendida a un costo medio inferior al de dos o más empresas. Puede haber monopolio por el lado de la oferta y por el lado de la demanda, el tipo más frecuente es el monopolio de la oferta.

“Un monopsonio es mercado en el que solo hay un comprador.

“Un oligopolio es aquel mercado en el que la mayor parte de las ventas las realizan unas pocas empresas, cada una de las cuales es capaz de influir en el precio de mercado con sus propias actividades. Como forma de mercado el oligopolio puede existir tanto del lado de la oferta como por el de la demanda; así, un oligopolio será de oferta cuando la demanda está atendida por unos pocos oferentes. Por otro lado cuando un escaso número de demandantes debe absorber el bien o servicio producido por un gran número de oferentes, estaremos ante un oligopolio de demanda, también denominado oligopsonio.

"Un oligopsonio es un mercado en que solamente hay unos pocos compradores"⁽¹³⁾.

Otros autores, completan estas definiciones con la idea de que la escasa pluralidad de sujetos en uno de las fuerzas del mercado deben aparecer *coiligadas* para deformar el precio, pues puede haber una competencia genuina entre dos o más participantes que no pacten sus políticas de precio antes de salir al mercado.

La acepción de la palabra competencia en este pasaje constitucional está inequívocamente ligada a la jerga económica que recién agregamos⁽¹⁴⁾. Viene a reemplazar el término más amplio y antiguo de *concurrencia*⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾, pues sostenemos que el constituyente ha adjudicado, y "gastado", las nociones clásicas de competencia y jurisdicción, utilizándolas como las medidas de las atribuciones de la función administrativa y de la judicial, (vg. CN art. 75, inc. 24, art. 100 1er. párr., art. 117) y no ha encontrado un termino unívoco para expresar su voluntad de limitar la distorsión en el mercado, echando mano a la tercera acepción de competencia⁽¹⁷⁾ en el Diccionario de la Real Academia, que en el lenguaje económico le agrega a la concu-

(13) MOCHON FRANCISCO Y BEKER, VÍCTOR A, *Economía, Principios y Aplicaciones*, Edigrafos S.A., Madrid, 1996, ps. 198, 222, 241.

(14) Que utilizamos en las citas anteriores, típicas del castellano, pues podríamos señalar que el inglés ha recorrido un camino distinto "recargando" la noción de rivalidad económica sobre el término *concurrencia*, e inclusive atándola a las licitaciones, como se puede ver en: ALCARAZ VARO, ENRIQUE Y HUGHES, BRIAN. *Diccionario de términos jurídicos, inglés español, español inglés*. Editorial Ariel, 2ª reimpresión de la 3ª Edición, Barcelona, 1999, p. 475.

(15) Diccionario de la Real Academia, XXII Edición, Espasa, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 615.: "Concurrencia: Acción y efecto de concurrir // 2. Conjunto de personas que asisten a un acto o reunión. // 3. Coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias // 4. Asistencia, participación.

(16) Diccionario Enciclopédico Hispano Americano, t. V. Montaner y Simón, Editores, Barcelona, 1890, p. 692. "Concurrencia: Econ. Pol. En su acepción económica significa esta palabra la libertad industrial y comercial sin obstáculos de ningún género y perfecta y completamente ilimitada...".

(17) Diccionario de la Real Academia, XXII Edición, Espasa, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 604. "Competencia: // 3. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio".

rencia o presencia en el mercado la idea de rivalidad, y dicho sea de paso, abreva a nuestra hipótesis de limitar al Estado como único demandante.

VI. ROL DEL ESTADO

Como se comenzará a percibir, pretendo instalar una discusión sobre el rol de un Estado como único comprador, pues los monopolios —y oligopolios— estatales han obtenido limitaciones de todo tipo. Incluso ante la imposibilidad material de restringirlos, ha nacido la acción de las autoridades reguladoras para crear un sistema artificial de mercado al fijar las tarifas.

Ahora bien, ¿es tolerable, en el sistema constitucional argentino, la posición monopsónica del Estado en el mercado? ¿Respeto la manda del art. 42, un Estado que libremente adquiere bienes y servicios en un mercado, al cual impone sus reglas de juego en bienes escasos (energía nuclear, inmuebles especiales, servicios de seguridad, etc)?, y peor aún, ¿qué ocurre con aquella cláusula cuando su voracidad compradora termina concentrando la oferta en los grandes jugadores que pueden resistir sus modificaciones contractuales, demoras en los pagos y consolidaciones de deuda, situaciones que exterminan del mercado a las Pymes y a aquellos *desamparados* de la simpatía de turno?

En lo referente al sistema federal, el imperio de la protección del art. 42 de la Constitución Nacional al derecho de la competencia en el mercado, se instala en la típica redacción programática de nuestra Carta Magna, y pacíficamente orienta a la necesidad de legislar sobre el sistema de preselección de contratantes, abandonando definitivamente el viejo principio de libre contratación del Estado y limitando la utilización de las vías excepcionales.

VII. CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Otra deformación idiomática, complica la comunicación en el mundo jurídico de los contratos públicos.

En este caso, el nominar un género con el nombre que identifica la más conocida de sus especies, es una situación que se repite en todo el lenguaje, a la que no escapa, valga la redundancia, el lenguaje jurídico. Por ejemplo, en la *prehistoria* de la cosmética masculina un emblema ha sido, en el desaparecido género de las hojitas de afeitar, la típica Gillette. Su mención bastaba para adquirir una hoja de afeitar en épocas sin autoservicios, y a libre decisión del vendedor, que muchas veces nos proveía de las marcas competidoras a la solicitada. En numerosas ocasiones la expansión del conocimiento de una especie desplaza en el saber popular su pertenencia al grupo genérico, que termina subsumiéndose bajo su específico nombre.

La licitación, pública o privada, ha impregnado con su imagen la percepción de ser el único —o el más adecuado— procedimiento de preselección de co-contratantes con el Estado.

La constitucionalización expresa de la licitación en las cartas provinciales⁽¹⁸⁾ no puede entenderse como la utilización equívoca de la nominación de la especie al procedimiento general. Muy por el contrario, el constituyente local expresamente intenta restringir el sistema general de selecciones de contratistas, a una, y solo a una de sus especies, delegando en algunos casos al legislador la determinación de las excepciones que disparan todas las alternativas de *contrataciones directas*, que venimos criticando y que paso a detallar.

VIII. OBJETO O CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LAS CONTRATACIONES DIRECTAS POR VÍA DE EXCEPCIÓN

La catarata de excepciones que recoge la normativa nacional, provincial, municipal y de la Ciudad autónoma permiten realizar una clasificación bastante genérica que se repite, de-

(18) Idem nota 3. Catamarca: Art. 174. Corrientes: Art. 22. Chaco: Art. 67. Entre Ríos: Art. 44. Jujuy: Art. 85. La Rioja: Art. 72. Mendoza: Art. 37. Neuquén. Art. 224. Río Negro Art. 98. Tucumán: Art. 12. Buenos Aires (sólo para las Municipalidades) Art. 193, inc.7.

talles más, detalle menos, en todos los ámbitos. Los ejemplos a los que recurriré están prácticamente circunscriptos a los procedimientos de la Nación y de la Ciudad Autónoma, pero creo que este ordenamiento que propongo logra, con una ligera búsqueda legislativa local, transformarse en una herramienta de consulta simple para analizar los cientos de normas vigentes en la materia. Entonces digo que se pueden agrupar a las contrataciones directas, que surgen de las excepciones al procedimiento general, en grandes conjuntos que responden a una característica primordial:

- a) el tiempo disponible para cumplir con los cometidos estatales;
- b) las características especiales del objeto o del sujeto prestador;
- c) los ajustes que distinguen las finalidades públicas de las privadas en un mundo en permanentes cambios;
- d) los objetos sociales, estatutarios o legales y las finalidades en ellos incluidos; y,
- e) algunos supuestos procedimentales legislados desde el espíritu de la economía estatal. Estas condiciones me permiten clasificar dentro de estos grandes grupos la innumerable cantidad y disparidad de situaciones que recoge la normativa aplicable a estos regímenes de excepción.

En general se puede englobar⁽¹⁹⁾ los innumerables casos de excepciones al procedimiento licitatorio, descriptos materialmente en el párrafo anterior, en esos cinco ítem, pero por una

(19) "Y los pocos que ahondaron en el análisis de este problema han incurrido, casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública, sino `una licitación pública determinada', o sea reglamentada en su propio país. Se ha olvidado así, que siendo este instituto casi universal, no puede darse una explicación de su naturaleza jurídica que solo cuadra con una legislación determinada". SAYAGUES LASO, ENRIQUE, *La Licitación Pública*. Texto actualizado por MARTINS, HUGO DANIEL Y DAPKEVICIUS, RUBÉN FLORES, Julio Cesar Faira Editor, Montevideo. 2005, p. 29.

lógica práctica, he preferido separar las cuestiones de seguridad y defensa de las del objeto o sujeto especial; mantener como vías simples los subsistemas de *ius variandi* y licitaciones desiertas; y seguir el orden de ocurrencia de los procedimientos referidos, proponiendo entonces, seis grandes grupos de estudio de las vías excepcionales de “salteo” al sistema: *a) único oferente*, que incluye todas las situaciones monopolísticas que transforman en un contrasentido un llamado a licitación, con los gastos y costos que ello implica; *b) emergencia/urgencia: verdadero bill de indemnidad* de la Administración Pública, que muchas veces debe actuar ante verdaderas emergencias o catástrofes (terremotos, epidemias, inundaciones, etc.), pero que en muchas otras recurre a esta excepción para ocultar su falta de previsión (obras de mantenimiento, reemplazo por consumo de la vida útil, avance tecnológico, etc.) *c) ofertas frustradas*: Este caso es una excepción que empuja una contratación directa, pero desde la realización previa de una Licitación anterior⁽²⁰⁾ que ha fracasado, por no presentación, falta de requisitos de los oferentes o por inadmisibilidad técnica de las ofertas⁽²¹⁾ *d) el ius variandi*, como las compras accesorias, a veces superan el monto del contrato inicial (y ello debería haber sido canalizado en una nueva Licitación). Esta excepción arrastra una gran cantidad de críticas de la más calificada doctrina por la falta de claridad⁽²²⁾ que genera el no tener conciencia previa del objeto final de la contratación. *e) las Compras Secretas*: típicas adquisiciones de armas de las épocas de dictadura, hipótesis de conflicto limítrofes y fantasmas bélicos, que han cedido espacio a los objetos especiales del software, la seguridad electrónica y algunos sistemas de telecomunicaciones para las fuerzas del orden. *f) oferente esta-*

(20) Una o dos. Hay legislaciones que habilitan la Contratación Directa luego del primer fracaso, y otras postulan la exigencia de declarar desierto dos llamados.

(21) BIGLIERI, ALBERTO, “Responsabilidad del Estado - Las reglas de juego precontractuales” en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo*, de AAVV, Coordinado por V. HERNANDEZ MENDIBLE, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, t. I, p. 926.

(22) MAIRAL, HÉCTOR, “Las Raíces Legales de la Corrupción”, Cuadernos Res Pública Argentina, Buenos Aires, 2007, p. 27

tal. Las contrataciones interadministrativas, en las que no se persigue el fin de lucro y se presumen la calidad y garantía de la prestación que están aseguradas desde las mismas normas que informan la competencia y atribuyen patrimonio, crédito y presupuesto a los organismos contratantes.

IX. CONTRATACIONES DIRECTAS EN EL DEC. 1023/2001

A esta altura, el lector, puede formarse una idea de la falta de esfuerzo que he puesto en analizar y estudiar las normas de contratación directa por montos menores. Esta indiferencia, se instala en el convencimiento que con inclusión en el art. 25 inc. d) del Dec. 1023/2001 (que desagrega 10 casos distintos), limitando, únicamente, a su primer apartado el supuesto de contratación directa propiamente dicha, es el legislador quien le ha restado trascendencia⁽²³⁾ e importancia:

“1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuese posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación”.

A partir de aquí, cada uno de los nueve apartados siguientes no respetan el “techo” del monto contractual y pueden ser utilizados sin límite dinerario alguno.

La nueva reglamentación dictada en el año 2012 por el dec. 896, trae alguna novedad. Impone un paso previo a las contrataciones directas propiamente dichas, a aquellas que ocurren por la caída de dos licitaciones previas⁽²⁴⁾ y en los casos

(23) En los hechos, tampoco son significativos los montos que se aplican a este procedimiento.

(24) 4. Cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasaren se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si éste también resultare desierto o fracasare, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa previsto en este inciso. (Apartado sustituido por art. 6° del dec. 666/2003, B.O. del 25/3/2003. Vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, y será

de urgencia⁽²⁵⁾. A estos tres supuestos se les exigirá cumplir con una compulsa de precios abreviada, en los casos en que se constate la existencia de más de un potencial oferente⁽²⁶⁾.

Los otros supuestos de los apartados 2): Obras científicas, técnicas o artísticas⁽²⁷⁾; 3): Bienes o servicios exclusivos del proveedor⁽²⁸⁾; 6): Operaciones secretas⁽²⁹⁾; 7): Reparación espe-

de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria.).

(25) 5. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

(26) Dec. 896/2012. Artículo 19.- Procedencia de la contratación directa. El procedimiento de contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los apartados del inciso d) del art. 25 del Decreto Delegado 1.023/2001 y sus modificaciones. Las contrataciones directas podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple.

Las contrataciones directas por compulsa abreviada serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4 ó 5 —para los casos de urgencia—, del inc. d) del art. 25 del Decreto Delegado 1.023/2001 y sus modificaciones.

(27) 2. La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del contratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.

(28) 3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora.

La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

(29) 6. Cuando el Poder Ejecutivo nacional haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.

cial de maquinarias⁽³⁰⁾; 8): Contratos interadministrativos⁽³¹⁾ 9): Consultorías con Universidades Públicas⁽³²⁾ y 10) los efectores del desarrollo social⁽³³⁾, pueden ser objeto de una adjudicación simple⁽³⁴⁾, sin más trámite.

Finalmente, la reglamentación deja abierta la facultad de la administración de incluir en el sistema de compulsa previa a los supuestos de urgencia y compras secretas, según el caso⁽³⁵⁾.

(30) 7. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

(31) 8. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato. (Apartado incorporado por art. 1° del dec. 204/2004, B.O. del 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

(32) 9. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado nacional con las Universidades Nacionales. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha. (Apartado incorporado por art. 1° del dec. 204/2004, B.O. del 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

(33) 10. Los contratos que previo informe al Ministerio de Desarrollo Social, se celebren con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha. (Apartado incorporado por art. 1° del dec. 204/2004, B.O. del 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

(34) Las contrataciones directas por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto co-contratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un co-contratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, 9 ó 10 del inc. d) del art. 25 del Decreto Delegado 1.023/2001 y sus modificaciones.

(35) Las contrataciones directas que se encuadren en el apart. 5 —para los casos de emergencia— y en el apart. 6, del inc. d) del art. 25 del Decreto Delega-

Los métodos consagrados como de adjudicación simple o compulsa abreviada no aportan grandes cambios. Las compulsas, como los viejos concursos, o la simple recolección en el expediente de presupuestos de los proveedores, se orientaron siempre a la necesidad de informarse sobre los precios de plaza.

El caso de compulsa para la licitación fracasada, parece un contrasentido, pero de ello nos ocuparemos más adelante al tratar ese instituto en forma particular. Sí vale la pena señalar, que el artículo 24 del Decreto Reglamentario⁽³⁶⁾ intenta con mucho esfuerzo deslindar el territorio confuso y superpuesto de la emergencia y la urgencia. Tomando una "enunciación abierta" de casos con los que pretende realizar una definición para la emergencia: "*los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional*", y concediéndole valor residual a la urgencia, o sea,

do 1.023/2001 y sus modificaciones, podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple, según el caso.

(36) *Artículo 24.- Procedencia del procedimiento por urgencia o emergencia.* A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el art. 25, inc. d), apart. 5, del Decreto Delegado 1.023/2001 y sus modificaciones, deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública.

Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales del organismo contratante.

Se entenderá por casos de emergencia: los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional.

En las contrataciones directas encuadradas en el apart. 5 del inc. d) del art. 25 del Decreto Delegado 1.023/2001 y sus modificaciones, cuando se invoquen razones de urgencia o emergencia y se tratare de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo al régimen procesal disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno.

aquellos supuestos apremiantes y diferentes a estos. Debo decir que, el cierre de este artículo contiene una noción feliz de técnica de control de la responsabilidad administrativa de los funcionarios. La sola invocación de uno o ambas causales, no exime de las sanciones disciplinarias que correspondiesen por la falta de previsión.

X. OBJETO O CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LAS CONTRATACIONES DIRECTAS POR VÍA DE EXCEPCIÓN. (EN DETALLE)

Podríamos sostener entonces, que la abundancia de las situaciones en las que el procedimiento licitatorio queda excepcionado, elimina los supuestos de responsabilidad precontractual del estado, de allí que saludamos con algarabía ese último párrafo del art. 24 del dec. 896/2012. A la espera de que se transforme en una herramienta de control de esa discrecionalidad abusiva que se percibe en las contrataciones públicas.

Volviendo al tema, obviamente los “atajos” al sistema inhiben cualquier debate previo, pues se encaraman directamente a una relación contractual entre las partes del convenio diluyendo, desde la fuerza que enhebran los derechos adquiridos, las posibilidades de aplicación de las potestades sancionadoras que fijan los procedimientos licitatorios.

Pero (siempre hay un pero) debemos revisar las circunstancias que permitieron el salteo o la vía de escape⁽³⁷⁾ del procedimiento para garantizar que la legítima decisión de la Admi-

(37) GARCIA SANZ, AGUSTÍN, “Licitación Pública vs. Contratación Directa: ¿La Batalla perdida?”, Res Pública, 2006-3, Buenos Aires, 2006, ps. 75 y ss. “A la contratación directa *sui generis* y a la de trámite simplificado que ya hemos analizado se suman otras alternativas: La contratación directa entre organismos del Estado, aquella otra prevista para los contratos con las Universidades nacionales, 66 o el régimen de contratación directa preferente que rige —mientras dure la emergencia declarada por ley 25.561— 67 para el Ministerio de Desarrollo Social, 68 son algunos de los ejemplos de las vías adicionales de escape que existen, allí donde la voluntad política está presente.

nistración haya sido tomada sin afectar derechos de terceros ni desbaratando el juego de la competencia del mercado.

No incluyo en estas variables, la situación de las cooperativas en el interior de la Provincia de Buenos Aires⁽³⁸⁾, ni la novedosa irrupción del poder Judicial, que en algunos casos —como la Corte Suprema en el fallo Mendoza— haciendo gala del proactivismo judicial⁽³⁹⁾ ha ordenado tareas y obras en plazos de imposible cumplimiento en el marco de las normas de este procedimiento, lo que obviamente excluye de responsabilidad precontractual a la administración ejecutiva por la inaplicación del sistema de selección. Tampoco he tratado las cuestiones de las renegociaciones de las concesiones de los servicios y obras públicas, ni de los pagos por legítimo abono⁽⁴⁰⁾, que en general se nutren e informan bajo los principios del *ius variandi* y de la continuidad de los servicios públicos, evitando nuevos procedimientos licitatorios y recurriendo a estudios de re-determinaciones de precios, análisis del tipo de cambio, compensaciones con extensiones de los contratos, etc. Todas herramientas mucho más propias de las ciencias económicas, que de nuestro saber.

Como se podrá apreciar, la maraña administrativa con la que se pretende cubrir la normativa licitatoria general, ha llevado a la utilización equívoca de las causas de las excepciones

(38) Que, tampoco corresponden a este capítulo. Pero se inscriben en la LOM. PBA. Art. 132. c y 232... Si se desea ampliar, ver: BIGLIERI, ALBERTO: "La licitación pública en el ámbito municipal bonaerense: La excepcionalidad como regla (Exégesis de los arts. 151, 152, 155, 156 y 232 de la Ley orgánica de las municipalidades de la provincia de Buenos Aires)," en *Revista de Derecho Público, Contratistas del Estado* 2006-1, Rubinzal-Culzoni Editores.

(39) Ya sabemos que terminó con la separación y procesamiento del funcionario designado como ejecutor de las políticas públicas de reparación fijadas por la Corte.

(40) Forma extraña de renovación de pequeños contratos de servicios, que se sustentó en la imposibilidad de aceptar enriquecimiento ilícito del Estado. Lamentablemente, como todo lo provisorio se vuelve permanente, es una modalidad demasiado extendida, que no debería ser tolerada, salvo durante las demoras de la sustanciación de un nuevo procedimiento de selección.

a la regla, como una justificación de los resultados. Aceptamos, cada vez más frecuentemente y sin mucha hesitación, el resultado rápido de contratar por una vía excepcional. Parece que este defecto o falta de conexidad entre las causas y la finalidad, ha llamado mucho la atención en distintas disciplinas:

“Esta objeción se basa en la tendencia habitual a confundir la explicación de las causas con la justificación o aceptación de los resultados. El uso que se hace de una explicación histórica es una cuestión independiente de la explicación propiamente dicha. La comprensión se utiliza con más frecuencia para tratar de alterar un resultado que para repetirlo o perpetuarlo. Por eso los psicólogos intentan comprender la mente de los asesinos y los violadores, por eso los historiadores sociales intentan comprender el genocidio, y también por eso los médicos intentan comprender las causas de las enfermedades humanas. Estos investigadores no intentan justificar el asesinato, la violación, el genocidio y la enfermedad. En cambio, intentan utilizar su comprensión de una cadena de causas para interrumpir la cadena”⁽⁴¹⁾.

1. Único oferente

Es esta excepción uno de los sostenes básicos del salteo al procedimiento legal⁽⁴²⁾. En las grandes contrataciones se ejemplifica esta institución ante la aparición de monopolios naturales (por ejemplo la provisión de agua pesada o uranio enriquecido para la energía nuclear). Es innecesario, analizada la cuestión como gasto, realizar el proceso licitatorio cuando de antemano, transparentemente, se conoce el resultado de la oferta; esto es: solo puede ganar quien es el único productor del bien a adquirir. No obstante esta determinación previa, la excepción aquí estudiada —como cualquiera de las

(41) DIAMOND, JARED, *Armas, germen y acero* (Título original en inglés: *Guns, germs, and steel*) Traducción de Fabián Chueca, 4ª Edición, Editorial Debate. Barcelona, España, 2006.

(42) O constitucional, o reglamentario. El nacimiento del 1023/2001, nos permite este giro literario.

otras— no debe ser utilizada, ni tolerada, como presión sobre el precio del objeto requerido, que debe mantenerse dentro de los límites fijados por el precio de mercado. Aún así, esta solución —el contrato directo— no debe perder de vista la economía procedimental que debe imperar en la gestión pública y que, a veces, supera al derecho: una Licitación Pública cuesta cara, tiene un gasto de una importancia proporcional al objeto buscado (horas hombre, papel, avisos publicitarios, evaluación profesional de las ofertas, etc.), y ponerla en funcionamiento es una decisión reglamentaria que no debe apartarse de la *razonabilidad* indispensable en el accionar administrativo.

En el ámbito municipal (también con mucha frecuencia en el provincial, y desde la “creación” de la Ciudad Autónoma casi a diario) esta figura aparece íntimamente vinculada a la constante modificación de los organigramas de estructuras de la Administración Pública cuya situación obliga en muchos casos a constantes mudanzas de organismos (o localización por creación, o ampliación por incorporación de personal etc.) que solicitan determinadas especificaciones edilicias (metros cubiertos, estacionamiento, baños para público y personal, servicios domiciliarios) en localizaciones determinadas (perímetro céntrico, transporte, seguridad etc.).

Este grupo, de características tan particulares que transforman en innecesaria una licitación, se ve permanentemente incrementado en la presencia económica de las contrataciones públicas al aparecer múltiples situaciones relacionadas con las características especiales o antecedentes personales de los prestadores de servicios o realizadores de obras. Entre estos últimos, las creaciones artísticas juegan un rol preponderante.

De todas formas, para los casos calificados como de “*intuitio personae*” es la motivación, como requisito esencial del acto, y la acabada demostración de la necesidad y conveniencia de contar con ese especialista por parte de la Administración, la que debe imperar como causa de la excepción. Ese

esfuerzo motivador de quien tiene el deber de señalar las cualidades especiales, es el que garantizará la razonabilidad y la legitimidad de la contratación sin licitación previa.

2. La emergencia⁽⁴³⁾

Sin demasiado análisis, pues se puede consultar en cualquier publicación de la especialidad, además de sus apariciones específicas (como en la Ley 6021 de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires), hemos unificado el título de este punto incluyendo la mención de la *urgencia*, noción recogida por las normas más modernas de derecho administrativo, y que identifica claramente la reacción del sistema ante una necesidad que aparece (*emerge*) y a veces permanece en el tiempo, contra otro tipo de necesidades que necesitan inmediato tratamiento (*urgen*). De todas formas, esta excepción, tantas veces cuestionada, es uno de los denominadores comunes de todas las excepciones que reciben éste, y cualquier otro procedimiento administrativo. Cuando hay que actuar ante imprevistos, los tiempos de los procedimientos transforman en estériles las respuestas rápidas y eficaces y por ello, más allá de la dimensión de la contratación, esta se puede realizar directamente. Vale la pena señalar que, posiblemente, la velocidad de los acontecimientos no hayan sido siempre iguales. La fuerte presencia de las acciones directas del Estado, suplía antaño la urgencia de recurrir a un contrato con terceros. Tal es así que las excepciones se limitaban a los supuestos del acápite anterior y en los reglamentos más antiguos parecía que nada ocurriera fuera de lo normal.

Hasta aquí no aparecían grandes novedades en las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que toleraban la excepción por este motivo (o por estos motivos.)

El Decreto Reglamentario 896/2012 ha traído, como lo adelanté, un interesante presupuesto de control al exigir que

(43) Se puede ampliar con provecho en: GALINA, CARLOS: *Constitución, Servicios Públicos y Emergencia*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

“cuando se invoquen razones de urgencia o emergencia y se trate de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo al régimen procesal disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno”.

Cierto es que la invocación a las cuestiones de urgencia o emergencia se convirtieron de una justificación excepcional en un relajo absurdo de la reglamentación licitatoria para flexibilizar, en muchas ocasiones, favoritismo por un prestador o proveedor. Pero lo peor vino después: en otra cantidad infinita de veces, la invocación a estos supuestos se utilizó para encubrir la negligencia de la imprevisión administrativa. La burocracia, en su máxima expresión, olvida las nociones elementales de mantenimiento, preservación o cuidado de las cosas, e invierte el viejo adagio: *“dejemos para mañana lo que podemos hacer hoy”*. Encubiertos en las dificultades presupuestarias, o en la imposibilidad de prever el avance tecnológico, hemos presenciado el deterioro irreparable de edificios, vehículos, maquinarias y otros elementos del Estado por desidia administrativa. Conducta negligente de una administración que luego se declara sorprendida, y por lo tanto urgida a solucionar su autogenerada necesidad impostergable. Reitero que, bien hace la norma (art. 24 *in fine* del dec. 896/2012⁽⁴⁴⁾) en incluir la noción de la *situación previsible* como el supuesto previo y antitético de la justificación de este camino de excepción.

3. Las ofertas frustradas

La inclusión de esta figura dentro del ítem “excepciones” obedece a una lógica pedagógica, pues el sólo hecho de contar previamente con la caída o frustración de un procedimiento que implica su anterior existencia, nos ubicaría ante la necesidad de tomar algún otro camino de clasificación. Esta si-

(44) Ver nota 34.

tuación, realmente, viene a condenar un procedimiento inconcluso. No se está oponiendo al sistema, ni impidiendo su desarrollo, está apareciendo en el mundo del derecho luego de esa tentativa estéril, corrigiendo sus efectos disvaliosos.

En este conjunto, a veces llamado *ofertas* desiertas o inadmisibles, se pueden distinguir claramente, dos grandes grupos: 1) la licitación desierta propiamente dicha: aquella que no ha recibido ninguna propuesta, y 2) aquella en la que la o las presentaciones del o de los oferentes no es o no son convenientes para la Administración. De este último caso, derivan otras dos posibilidades: 2.a) Aquellas ofertas inadmisibles por las condiciones del oferente o del objeto, y 2.b) Aquellas que son inadmisibles por montos ostensiblemente superiores a los precios testigos, de mercado o a los presupuestos fijados por el Estado.

Pido ahora que prestemos atención a estas diferencias: No es igual que una licitación se declare fracasada por falta de oferentes —a este caso se lo llama usual y unívocamente licitación desierta— a que exista presencia de oferentes aún cuando a posteriori se determine que estos: no reúnen las condiciones contractuales exigidas por el pliego, o no reúnen la capacidad técnica necesaria para desarrollar el objeto del contrato ; o que las ofertas se encuentren fuera de los parámetros de los precios testigos o presupuestos oficiales (más algún margen de tolerancia).

Los primeros supuestos no ofrecen gran complejidad: si nadie se presenta, nadie se encuentra con un interés expresado para disparar un control judicial sobre la “sanción” de contratar directamente. Si los oferentes no reúnen los requisitos y condiciones empresariales, impositivas, y de capacidad legal para contratar o, sus antecedentes científicos, profesionales, técnicos y experiencia en la actividad, o los objetos de sus ofertas difieren de la pretensión estatal; la declaración de *licitación fracasada* no aparece como muy discutible. Como tampoco parece compleja la decisión de autorizar a una Contratación Directa, pues no se percibe óbice legal alguno. No

obstante se ha especulado en el sentido que, bajo la aplicación de una interpretación restrictiva, siempre es conveniente librar una nueva Licitación Pública⁽⁴⁵⁾.

El problema surge ante el último de los supuestos: cuando los oferentes se presentan con propuestas económicamente fuera de los límites de la tolerancia administrativa⁽⁴⁶⁾, entendida esta como uno de los Principios Generales del Derecho Administrativo⁽⁴⁷⁾ especialmente aplicable a la dinámica contractual. Aquí no coincido con la habilitación para contratar directamente, y por lo tanto creo que este caso no puede ubicarse en ese conjunto de supuestos. La contratación directa solo sería viable por valores oficiales como los indicados en el procedimiento licitatorio, y aun así, la competencia como finalidad constitucional se vería lesionada. Es que el esfuerzo y las tareas desarrolladas —puertas adentro— de la Administración al justipreciar el costo del objeto licitatorio, no solo implican un valor económico importante, sino que además fijan una pauta insoslayable para los interesados, a la cual deben atenerse como límite máximo. Este límite generará las primeras “deserciones” para reducir el número de interesados al de compradores de pliego.

Un contrato realizado por fuera de esos términos erigiría a los oferentes desplazados y a aquellos que habiendo presupestado sus márgenes de precios y costos, y que no se presentaron por inconveniencia empresarial, en potenciales

(45) Como señalamos en el dec. 1023 y su reglamentación. Otros sistemas, habilitan la contratación directa ante el primer fracaso.

(46) Usualmente el 20% ó 1/5 parte, estándar conocido como “ius variandi”, típico de las Leyes de Obras Públicas.

(47) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires —Madrid— Barcelona, 2009. p.45.: “En efecto, desde la separación de los poderes, hasta el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, la autotutela en materia de dominio público, la continuidad de los servicios públicos y la igualdad en la licitación pública, todos ellos constituyen principios generales del Derecho administrativo, y aunque no se encuentren expresamente incorporados en todos los casos al Derecho positivo, han tenido plena acogida por parte de la doctrina y la jurisprudencia”.

legitimados contra una administración que utilice el remedio mencionado para *elegir* sin sistemas de preselección al cocontratante.

Siguiendo esta lógica se ha pronunciado oportunamente la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires en reiteradas oportunidades, como por ejemplo en su Dictamen PG N° 58275/07:

“No obstante ello, toda vez que la elaboración de los Pliegos de Bases y Condiciones representan para la Administración un gasto extraordinario que debe ser solventado y compartido con los oferentes (Joaquín Tornos Más, “De las actuaciones relativas a la Contratación”, en “Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, Rafael Gómez Ferrer Morant – Director, Ed. Thomson Civitas, 2004, p. 288), y que el valor de tales Pliegos produce un efecto de selección previa que es necesario fomentar (Biglieri Alberto, “La Licitación Pública en el ámbito Municipal Bonaerense: La excepcionalidad como regla”, en Revista de Derecho Público, Ed. Rubinzal Culzoni, 2006 – 1, p. 159), sugiero que se suprima del presente proyecto de Decreto su correspondiente art. 3. Por otra parte, y en defensa de lo antes expuesto, no puede perderse de vista que la conducta de los oferentes ha desencadenado y sido causal directa de la medida adoptada por la Administración en cuanto a la revocación del llamado a licitación, ya que ellos han cotizado muy por encima del presupuesto oficial, lo que legitima aún más su obligación de pagar en el futuro los nuevos Pliegos que se elaboren a tal efecto, y deja a salvo otros supuestos en los que las situaciones que llevan a dejar sin efecto la licitación son de exclusivo resorte y responsabilidad de la Administración. En estos casos, sí correspondería aplicar alguna mecánica de devolución del importe del valor del Pliego, tal como la que se establece en el mencionado art. 3”.

En conclusión, desde un abordaje doctrinario, se impulsa a que las legislaciones v los casos que identificamos como 1)

ó 2.a) deriven en algún sistema de menor rigor selectivo (vg. Licitación Privada o Contratación Directa⁽⁴⁸⁾). Pero esta propuesta, receptada sin cortapisas en la normativa nacional, no debería extenderse a los casos de los rechazos que dejen desierta o declaren fracasada la licitación por montos elevados (2.b). Aquí corresponde una nueva convocatoria abierta re-pensando, de ser necesario, los presupuestos oficiales, toda vez que muchos interesados que pueden haber omitido su participación al conocer que los precios testigos o presupuestos oficiales iniciales no alcanzaban a cubrir sus expectativas empresariales. Una hipotética adjudicación (o contratación directa) a valores superiores a los de la primera convocatoria desbaratarían la posibilidad que ellos hubieran tomado eventualmente con las nuevas condiciones. Esta última particularidad que venimos señalando⁽⁴⁹⁾ de antaño, se asoma en el art. 23 del DR 896/12⁽⁵⁰⁾. De todas maneras, la nueva reglamentación, aún con una redacción compleja, se acerca a este

(48) Art. 25, inc. d, apart. 4 del Dec. 1023/2001, y arts. 19 y 23 del DR 896/2012.

(49) BIGLIERI, ALBERTO, "La licitación pública en el ámbito municipal bonaerense: La excepcionalidad como regla (Exégesis de los arts. 151, 152, 155, 156 y 232 de la Ley orgánica de las municipalidades de la provincia de Buenos Aires)," en *Revista de Derecho Público*, Contratistas del Estado - 2006-1, Rubinzal - Culzoni Editores. LICO, MIGUEL Y BIGLIERI, ALBERTO, "Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la nueva Ley de compras y contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires. Particular referencia al contrato de suministro", en *Revista de Derecho Público*, Contratos administrativos - 2007-2, Rubinzal - Culzoni Editores. BIGLIERI, ALBERTO, "Contrataciones Directas. (en el marco de la legislación federal y subfederal argentina). Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Brasil. Abril/Junio 2011. Vol. 79. N° 2. Año XXIX. BIGLIERI, ALBERTO, "Responsabilidad Precontractual del Estado" en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, AAVV. Dirigido por Víctor Hernández Mendible, Editorial Paredes, Caracas, Venezuela, Diciembre de 2009.

(50) Artículo 23.- *Procedencia de la compulsa abreviada por licitación o concurso desierto o fracasado.* La modificación de los pliegos de bases y condiciones particulares del segundo llamado a licitación o concurso prevista en el apart. 4, del inc. d) del art. 25 del Decreto Delegado N° 1.023/2001 y sus modificaciones, se deberá efectuar en aquellos casos en que pueda presumirse razonablemente que la declaración de desierto o fracasado del primer llamado se hubiere producido por un defecto en los aludidos pliegos. Al utilizar el procedimiento de contratación directa previsto en dicho apartado no podrán modificarse los pliegos del segundo llamado a licitación o concurso.

postulado que sostuvimos con anterioridad y lo amplía al proponer mantener, además del precio como sugerí⁽⁵¹⁾ en su oportunidad, las demás características emergentes de los pliegos.

4. El *ius variandi*

Además de una excepción, nos encontramos ante una de las críticas más severas que recibe el régimen de contrataciones del Estado: la posibilidad de movilidad del objeto contractual en pos de la permanente actualización de los fines públicos del Estado consagrada legalmente⁽⁵²⁾ en un 20 por ciento de factibilidad de ajuste de los compromisos de las partes, es reconocida y aceptada como otro salteo tolerable —cuando del monto presupuestado, ese porcentaje tendría mérito suficiente para llamar a una licitación completa— en mérito a

(51) Un antecedente interesante, a pesar de que no reviste la potencia jurisprudencial de un fallo de fondo por tratarse de una simple medida cautelar, se hizo oír a la hora de las renegociaciones del Correo Argentino. El reclamante argumentó una afectación a la igualdad al modificarse las ecuaciones financieras presentadas en la etapa de las ofertas, luego de resuelta la adjudicación. Aquí no quedó desierto el procedimiento por el precio, pero de hecho, los efectos que ocurren son idénticos para el perdedor, indistintamente de que se haya adjudicado o no a otro oferente el negocio en disputa, el cambio de valor posterior le quito competitividad a su oferta: *“Ello es así toda vez que el demandante entiende que la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licitación que —a su entender— podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas. Esta argumentación, unida —necesariamente— a la circunstancia de que, en su oportunidad, el consorcio cuya mayoría accionaria representa el actor (fs. 73/75) resultó precualificado —junto con Itron, S.A., Sideco Americana, S.A. y Banco de Galicia Buenos Aires, por un lado, y Compañía de Inversiones en Telecomunicaciones, S.A. y Caja de Ahorro y Seguro, S.A., por el otro— en la licitación pública nacional e internacional para la concesión de los servicios postales, monetarios y de telegrafía que hasta entonces prestaba ENCOTESA (fs. 77/85), siendo finalmente perdedora por no poder mejorar la oferta hecha por el consorcio encabezado por Itron, S.A. (confr. fs. 69/72), llevan a considerar razonable —en principio— que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder —eventualmente— alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho”*. CN Cont. Adm. Fed., Sala IV, 20/3/2001. - Liberman, Samuel - Incidente Med. II c. PEN - Secretaría de Comunicaciones s/medida cautelar (autónoma)

(52) Ley 13064, arts. 30, 38 y 53, inc. a.

la economía estatal o, desde el punto de vista crítico como un encubridor de beneficios extras al contratista adjudicado en la obra o servicio inicial. La más dura de estas observaciones, parte de la presunción de la eventual infidelidad administrativa que, conociendo las expectativas de las ampliaciones del contrato, se las haya confiado a algún oferente, y éste cuente con esa información sensible y determinante a la hora de realizar su presupuesto, que sería el único con un análisis de costos que contemple el objeto real/final del contrato.

En este *agujero negro* que se ha convertido la lógica legislativa de la movilidad del objeto contractual en pos de la aseguración de la satisfacción de los fines públicos, aparece también la deformación que notamos en los contratos de suministros que se adjudican por ítem o renglón, en su mayoría en compras estatales de un objeto amplio, conformado por muchas particularidades individuales (por ejemplo: útiles de oficina, alimentos para comedores sociales o escolares, libros para las bibliotecas, mobiliarios, insumos hospitalarios, etc.). Esta mecánica que, en menor escala a las grandes contrataciones de obras o servicios públicos pero de significativa importancia, se utiliza para simplificar algunas provisiones y termina poniendo en tela de juicio los derechos de aquellos que se han quedado afuera de la puja por los supuestos que mencionamos en la cuestión de la (no) declaración de fracaso de la Licitación por montos que exceden sobre los límites del *ius variandi* la previsión oficial, la encontramos en las Licitaciones de suministros cuya adjudicación se produce por cada uno de los renglones de las ofertas.

Recordemos que esta modalidad, típica de las compras de múltiples objetos de diferentes características y proveedores, se realiza en un solo procedimiento y que dada la diferencia entre los objetos individuales que componen la necesidad, exige la realización de la oferta por cada "renglón" de la solicitud. A diferencia de las propuestas itemizadas⁽⁵³⁾, cada uno de estos

(53) Muchas ocasiones, en especial en los contratos de obras públicas de alta significación económica e ingenieril, se solicita que la oferta de precio por Ajuste Alzado, en incluso de precios unitarios, lleve una serie de planillas en las que se desagreguen los valores de los distintos ítem que permiten realizar un

renglones constituyen en la práctica una licitación individual. Para lograr la adjudicación de todos, algunos o solamente uno de los renglones del requerimiento, el oferente debe cumplir con la triple idoneidad y entonces el componente económico, si se llega al paso de su análisis de la oferta, toma la fuerza que muestra en los concursos de precios. Así, renglón por renglón, se adjudica la compra, conocida generalmente como suministro⁽⁵⁴⁾. Ahora bien: ¿qué ocurre cuando la administración decide utilizar el recurso del *ius variandi* y ampliar el objeto (o la cantidad) solicitada? Es posible, y se cuenta con registro de casos⁽⁵⁵⁾, que el camino afecte al derecho de la competencia y transparencia que emerge del art. 42 de la CN. La comodidad, o agilidad del sistema de compras, impulsa a estimar el monto de la posibilidad de elevación al 20% de la licitación. Esta situación puede transformarse en una elusión: el *ius variandi* corresponde a cada renglón. El abordaje del análisis para habilitar la excepción solo puede referirse al objeto (en este caso cada renglón) del suministro y es inadmisibles confundirlo con el sujeto (inclusive ante el supuesto en que el mismo oferente prevalezca en *todos* los renglones). Si se permite la movilidad del contrato por el total del precio, e inclusive si se lo permitiera por el parcial de un oferente que ha prevalecido en varios renglones, nos encontraríamos ante otra violación al derecho de los participantes perdidosos en el renglón "ampliado" (y también de aquellos que decidieron no participar).

5. Las compras secretas

Sucintamente es menester indicar que esta situación, característica de las adquisiciones de material bélico o de seguridad, ha decrecido considerablemente en su incidencia en la

efectivo control de la oferta al compararlos, por ejemplo en una obra civil el valor del hierro, los cerámicos, o la grifería permiten analizar el precio y la calidad que tendrá la obra terminada.

(54) LICO, MIGUEL Y BIGLIERI, ALBERTO. "Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la nueva Ley de compras y contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires. Particular referencia al contrato de suministro", en *Revista de Derecho Público*, Contratos administrativos 2007-2, Rubinzal, Culzoni Editores.

(55) Informe de contrataciones públicas de la ONCA.

economía pública Argentina, especialmente después de la derrota en las Malvinas y con la recuperación democrática. No obstante ello, el cambio de las hipótesis de conflicto militares por otras supuestos de seguridad nacional (narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo, etc) y la creciente informatización de todos los medios de almacenaje de datos, obligan a realizar algunas contrataciones secretas en las que no se puede publicar, por ejemplo, la cantidad de dígitos que se quiere establecer para acceder a un archivo reservado en el Banco Central. De todas formas, como lo anticipamos, hemos presentado esta situación por separado, pues así aparece en varios textos legales, pero podría haber formado parte del grupo más amplio en el que se ubican las cosas o las personas, que por sus características especiales pueden ser contratadas directamente por el Estado. (ver punto A: Único Oferente).

6. El oferente estatal

Claramente descrito en este tipo de normas, orienta a reconocer en otro ente estatal los principios de especialidad (como resultado de la atribución de competencia material), mejor precio (el estado no persigue fines de lucro), y garantía del cumplimiento del contrato (la competencia en razón de tiempo es permanente), que entre otros desembocarían en la *oferta más conveniente*.

Hay algunas “raras especies” de este sistema como la que informa el espíritu normativo del art. 232 de la Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, referido a las cooperativas en las que se conjugan la figura de prestador de un determinado servicio y tomador del mismo (a través de sus socios) con la de oferente “pretendiente” del servicio público municipalizado pudiendo excepcionarse del procedimiento al convertirse, finalmente, en autogestivos del servicio que consumen, una suerte de prestación directa en la que la intermediación estatal parece innecesaria.

A pesar de estos escuetos comentarios, es necesario resaltar la gran cantidad de adquisiciones interadministrativas

que se realizan en el país, especialmente entre las Municipalidades, las Provincias, la Ciudad Autónoma y la Nación⁽⁵⁶⁾, tanto en las administraciones centrales como entre Bancos Oficiales, Vialidades, Boletín Oficial, Medios de Comunicación, Transporte, Energías, Agua, etc.

Dos líneas aparte, merece la actividad de “Asistencia Técnica” o profesional y científica de las Universidades Nacionales que aún pudiendo estar cubiertas en las normas analizadas en los párrafos anteriores, tienen cláusulas propias⁽⁵⁷⁾ que consagran —insistimos, sin necesidad— unívocamente esta excepción⁽⁵⁸⁾ que de por sí, es otra contratación interadministrativa más.

A esta altura, y a pesar que en otras ocasiones también fueron incluidas en las contrataciones interadministrativas⁽⁵⁹⁾ las realizadas con las sociedades de participación estatal mayoritaria, me parece importante señalar que la expansión de los principios que sostienen estas excepciones al procedimiento licitatorio son una manifestación involutiva de esta doctrina, reflejada ahora en el art. 27⁽⁶⁰⁾ del Decreto Reglamentario 896/2012. En efecto, esta participación acarrea la lógica imperante desde las primeras utilizaciones de

(56) Dec. 1023/2001, art. 25, inc. d, apart. 8, dec. 892/2012, art. 27.

(57) Dec. 1023/2001, art. 25, inc. d, apart. 9, dec. 892/2012, art. 28.

(58) Por ejemplo la Ley 11.275 de la Provincia de Buenos Aires.

(59) Idem nota 53,

(60) *Artículo 27.- Procedencia de la adjudicación simple interadministrativa.* A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el art. 25, inc. d), apart. 8, del Decreto Delegado 1.023/2001 y sus modificaciones, el cocontratante deberá ser una jurisdicción o entidad del Estado Nacional, o un organismo Provincial o Municipal o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o bien una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado. La limitación del objeto a la prestación de servicios de seguridad, de logística o de salud a que hace referencia el citado apartado solo será aplicable en los casos en que el cocontratante fuera una empresa o sociedad en la que tenga participación estatal mayoritaria el Estado. Por su parte deberá entenderse por servicios de logística al conjunto de medios y métodos que resultan indispensables para el efectivo desarrollo de una actividad, incluyéndose la organización y/o sistemas de que se vale el emprendimiento para alcanzar los objetivos indispensables para su sustentación.

la ley de sociedades para canalizar fines públicos insatisfechos con las fórmulas de las Sociedades del Estado o las Empresas del Estado. Pero en aquella época no se contemplaba la adquisición (por estatizaciones de parciales de paquetes accionarios o acrecentamiento de la participación heredada de las AFJP) como en las idas y vueltas de los planes económicos de los 90 en adelante.

En la actualidad, y ante esa situación pendular de la intervención administrativa en la economía, la inclusión de *estas* sociedades con mayoría estatal en el régimen excepcional no supera el test de constitucionalidad que debería autotutelar el Estado. A mí entender, es lesiva y contraria al principio general de igualdad y al de defensa de la competencia y el mercado, que desarrollé más arriba.

Por una parte los socios minoritarios se ven aventajados en la competencia con todos los otros socios minoritarios de empresas similares cuya actividad y capital se circunscriba al ámbito privado, y lo que es peor, por otro lado se le está agregando un valor especial a la empresa contratada que pasará a formar parte de su patrimonio, sin el menor esfuerzo, aun en el supuesto del retiro eventual del estado de su conformación. Los antecedentes en determinadas especialidades, suelen surgir de años de esfuerzos y de afectos y consensos logrados entre particulares que se asocian para lograr un sujeto competitivo desde una experticia determinada. Supongamos, en cambio, que una sociedad cualquiera cuyo objeto social es el ambiente, pasa a ser conducida por el Estado y es contratada directamente por aplicación de la norma criticada con el objeto de tratar residuos sólidos urbanos. Y luego de un tiempo es devuelta al mercado en una "*subasta bursátil*" o en cualquier otra nueva forma de privatización. La "especialidad" alcanzada y los antecedentes en el ramo, tan valiosos a la hora de discernir futuras contrataciones serán "obsequiados" a los próximos propietarios del paquete mayoritario. Se me hace imprescindible recordarle al lector, que la historia económica argentina en el ámbito privado está plagada de compras de sociedades comerciales (en todas sus modalidades) para obtener marcas, carteras de clientes,

tradiciones, especialidades, antecedentes, balances limpios, antigüedad en los registros de proveedores, certificados de aptitud para contratar con el estado, capacidades técnicas, etc. A tal punto ha sido así, que con solo recordar la exigencias que imponía la ley 23.696 a los actores privados de aquel entonces, traeremos a la memoria sistemas de alianzas, controles y UTEs, utilizados comúnmente para acceder a las contrataciones públicas que exigían esos antecedentes. Esta reflexión crítica, ha surgido de la observación que permite divisar en estos treinta años de democracia, tantos vaivenes como gobiernos hubo (o más), y que han aplicado normas dictadas para finalidades y planes económicos tan distintos que son una renuncia expresa a las políticas de estado que exige el desarrollo. Como muestra basta un botón, dicen las abuelas, y a eso se parece la anecdótica ultravigencia del Decreto Reglamentario 436/2000 hasta el dictado del Decreto Reglamentario 896/2012, que supervivió a la norma básica que implementaba y se colocó sobre el dec. 1023/2012, arrojando el *esotérico* resultado de una norma reglamentaria dictada antes que la reglamentada.

XI. OTRO TEMA: REGISTRO NACIONAL DE EFECTORES DE DESARROLLO LOCAL Y ECONOMÍA SOCIAL

Esta excepción se instala en las políticas públicas de fomento y ayudas públicas⁽⁶¹⁾. Es un registro creado a los efectos de apoyar e incluir en el sistema económico formal a aquellos emprendedores que se encuentran en condición de vulnerabilidad social. “Este *Registro fue creado para facilitar a estas personas el desarrollo de actividades productivas a partir de la posibilidad de emitir factura, y hasta poder convertirse en proveedores del Estado*⁽⁶²⁾”. Se contempla la posibilidad de la inscripción de “*Personas Físicas, Integrantes de Proyectos Productivos que conformen grupos de trabajo de hasta tres personas y*

(61) Para ampliar: HUTCHNISON, TOMÁS, Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho administrativo, t. I, vol. 3, La Ley, Buenos Aires, 2010.

(62) UCCELLI, ALFREDO, <http://www.ambiente.gob.ar/archivos/web/Ppan/file/Registro%20Nacional%20de%20Efectores.pdf>

Asociados a Cooperativas de Trabajo⁽⁶³⁾". Si bien el beneficioso efecto social que produce la factibilidad de tener como cliente al Estado, las tareas y actividades desarrolladas en estos planes no son de un volumen que por su incidencia económica amerite un análisis desde el punto de vista de las inconsistencias del régimen de contrataciones públicas que estamos tratando aquí. Por ello, amén de las lecturas recomendadas, sólo señalamos en estos renglones su existencia y positivización⁽⁶⁴⁾ en la norma nacional.

XII. BREVES COMENTARIOS SOBRE EL PROTOCOLO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DEL MERCOSUR CMC- DEC. 23/2006, LN 26443

Nuestra legislatura ha incorporado al derecho local, con la Ley 26.443⁽⁶⁵⁾ al Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur CMC-DEC. 23/2006 (ex 27/2004)⁽⁶⁶⁾, el cual, en re-

(63) Ibidem.

(64) Dec. 1023/2001, art. 25, inc. d, apart. 10. Los contratos que previo informe al Ministerio de Desarrollo Social, se celebren con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha. (Apartado incorporado por art. 1° del dec. 204/2004, B.O. del 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

(65) El texto del protocolo se transformó en el Anexo de la LN 26.443.

(66) (El conflicto desarrollado en el seno del Mercosur, por la caída del ex presidente del Paraguay Lugo, obligó a instalar provisionalmente la sede del depósito de los instrumentos que incorporan las normas derivadas del acuerdo regional en Montevideo, así lo señala el sitio oficial www.mercosur.int: "*El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios, así como los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos, son fuentes jurídicas del Mercosur y se encuentran depositados ante el Gobierno de la República de Paraguay, a excepción de los que son protocolizados en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Mediante la aprobación de la Decisión CMC 26/2012 se atribuyó, con carácter provisional, a la Secretaría del Mercosur la función de depositario, mientras dure la suspensión de la República del Paraguay del derecho de participar de los órganos del Mercosur y de las deliberaciones*". Señalo esta situación al solo efecto de alertar que he revisado la documentación que se está depositando en la Secretaría del Mercosur y

lación directa con la temática que abordamos en este trabajo, merece un pequeño comentario sobre dos de sus cláusulas que corresponden primero al tratamiento de la cuestión federal argentina (el art. 14, inc. 5 del Protocolo) y luego, en general para todos los países miembros, a las cuestiones de excepciones en las contrataciones públicas regionales (el art. 18 del mismo Protocolo).

Previo a ello, quiero mencionar que Argentina es el único país del Acuerdo Regional que ha recorrido el camino de inclusión al derecho local de ese Protocolo, y que la reserva que tutela las autonomías subfederales, no me parece un recaudo firme ante los supuestos de eventuales exigencias amparadas en el Tratado de Viena⁽⁶⁷⁾ o de algún camino jurisdiccional o arbitral que se nutra del antecedente Grimaldi⁽⁶⁸⁾ de

de ella nada surge sobre el Protocolo que nos ocupa. Por lo tanto la información oficial es la que se tenía hasta la fecha de la suspensión de Paraguay, a saber:

Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Chile

101	Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur. Firmado: Córdoba, 20 de julio de 2006	DEC. N° 23/06	L: 26443 D: 28- MAY-09	Pendiente	Pendiente	Pendiente	---	---	---	30 d D 2do. I.R. NO VIGENTE
-----	--	---------------	------------------------------	-----------	-----------	-----------	-----	-----	-----	-----------------------------

: 30 d D 2° IR: 30 días después del Depósito del 2° Instrumento de Ratificación

(67) Convención de Viena (Firmada el 23/5/1969, 27/6/1980 Entrada en vigencia). 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46.*

46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados: 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

(68) Ahora se deberá anotar que la vigencia y aplicación, ante conflictos surgidos de los incumplimientos de compromisos internacionales, del Tratado de Viena "aplata" nuestro principio constitucional que consagra el sistema de reserva de las facultades no delegadas. Este problema, se ve agravado aún más,

la Unión Europea, si nuestros socios regionales —algún día— al incorporar el Protocolo, disparan su vigencia y exigen su cumplimiento.

Sentadas estas advertencias, nuestro afecto legislativo por parecer “internacionalistas” se podrá notar en el tema que nos ocupa que, en el Anexo A del Protocolo CMC- DEC. 23/2006, las reservas de la República Argentina y de la República Federativa de Brasil, son de distinta naturaleza. Efectivamente, el inc. 5 del art. 14 del Protocolo consagra una suerte de consulta e invitación política a los gobiernos locales, pero Brasil —como ya sabemos⁽⁶⁹⁾— se encuentra aventajado en la uniformidad de su legislación de contrataciones públicas, a diferencia de la multiplicidad de las nuestras. La reserva de la República del Paraguay, es también política, pero hace hincapié en una situación material, como lo es el espacio fronterizo. Es obvio que esta reserva estará “reservada” a la vuelta de Paraguay a su condición de socio pleno.

En relación al art. 18 del Protocolo, es allí donde se enumeran las excepciones tolerables al principio de selección por medio de Licitación Pública. Esta tolerancia es aceptada en el marco general de defender los principios de igualdad, concurrencia y transparencia (art. 17, inc. 1) y la equidad entre los oferentes de los Estados parte del Mercosur (art. 18, inc. 1).

ante la tendencia de las legislaturas al dictar leyes en las que se invita a adherir a las estructuras orgánicas inferiores (Como el Protocolo que nos ocupa). A mi entender, el tiempo condenará a los “invitados” que no se hayan expresado por el rechazo, y equiparará estas normas al derecho indicativo (*o Soft Law*) y generará actuaciones jurisdiccionales del tipo del caso Grimaldi en la Unión Europea (“*Grimaldi, Salvatore c. Fonds des Maladies Professionnelles*” TJE Sala 2°, 13/12/1989. “...conviene subrayar que los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos. Efectivamente, los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios que conocen...”).

(69) Por su desarrollo de instituciones publicas, sucesoras de las imperiales.

Estos supuestos no distan de los tratados en los puntos anteriores cuando nos referimos a las Excepciones al sistema licitatorio, y por ende podemos agruparlos, en esa inteligencia y con las mismas denominaciones, en un cuadro de correspondencias así;

Art. 18, inc. 2. a. Ofertas fracasadas.

b. Único Oferente.

c. Emergencia/ Urgencia.

d. Prestaciones accesorias. (Esta modalidad no fue preclasificada en el trabajo en forma individual, pero en general, la justificación aparece en autorizaciones especiales para continuar con el proveedor inicial, ya sea sostenido en el *ius variandi*, en su condición de único oferente, o en los sistemas llamados en nuestra legislación "Llave en mano"⁽⁷⁰⁾)

e. Ídem anterior.

f. Único Oferente.

g. Único Oferente.

h. Compras Secretas.

i. Oferente Estatal. (En estos casos, al ampliarse a algún tipo de ONG, o entidades de las llamadas del "Tercer Sector", estas últimas como especie del género de entidades sin fines lucrativos, pueden comprender a las Cooperativas que mencionamos cuando hablamos de esta excepción en detalle)

Estos brevísimas reflexiones, se inscriben en la noción de prepararse para lo que viene, ante el abanico de posibilidades que surge del lento avance, por darle un vistazo positivo, del proceso de integración regional y de la poco estratégica actividad legislativa nacional.

(70) Dec. 436/2000, art. 37, inc. f. (Derogado). Ley 2095 de la Ciudad Autónoma, art. 44.

XIII. CONCLUSIÓN

Es tal la cantidad, dimensión económica y abuso de aplicación de las excepciones que operativamente gravitan en las contrataciones públicas, que aparecen en abierta tensión con los principios generales del derecho administrativo y las normas constitucionales consagradas en los arts. 18 y 42 de la CN.

La normativa inherente al proceso de adquisición de bienes y servicios en todos los órdenes administrativos del país, está fuertemente impregnado de estos métodos de salteo, cuya reiteración y habitualidad los transforman en verdaderas reglas.

Aconsejamos así la lectura inversa de las normas de procedimientos licitatorios: Primero leer las *excepciones*, luego las *reglas*.

Pues, al fin y al cabo toda regla tiene su excepción. Excepto ésta.

CAPÍTULO SEXTO

LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES

Por LEONARDO F. MASSIMINO⁽¹⁾

SUMARIO: I. Planteo. II. Los pliegos de bases y condiciones en el derecho comparado. 1. Estados Unidos. 2. España. 3. Italia. 4. Alemania. III. Los pliegos de condiciones. Concepto. IV. Las tesis existentes acerca de la naturaleza jurídica del pliego de bases y condiciones. Implicancias de la posición que se adopte. V. La modificación de los pliegos de bases y condiciones. Remisión. VI. Las clases de pliegos de bases y condiciones. VII. Las vías de impugnación de los pliegos de condiciones. VIII. Los pliegos de condiciones y los principios del procedimiento administrativo. 1. La tutela judicial efectiva y los pliegos de bases y condiciones. 2. El principio de legalidad y los pliegos de licitación. 3. El principio de transparencia y los pliegos. 4. La participación ciudadana en la elaboración de los pliegos. 5. El procedimiento previo al dictado del acto (art. 7 LNPA) y los pliegos de condiciones. 6. El principio de igualdad. Interpretación de las palabras y expresiones de los pliegos. 7. La renegociación de los contratos ¿rompe con el principio de igualdad? Remisión. IX. La situación en Argentina. El marco legal de los pliegos de bases y condiciones. 1. Informe en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción. 2. Reglamento general para la elaboración participativa de normas. 3. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. 4. El dec. 893/2012. 5. Resolución 281/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. X. Jurisprudencia sobre los pliegos de bases y condiciones. Diversos supuestos. 1. "Constructora Schmidt c. Provincia de Mendoza" (1937). 2. "Compañía Avellaneda de Transportes S.A. c. Gobierno Nacional" (1974). 3. "Hotel Internacional Iguazú, S. A. c. Gobierno Nacional" (1986). 4. "Rade-

(1) Abogado y Doctor en Derecho, Universidad de Córdoba. Magíster en Derecho Administrativo y Especialista en Regulación, Universidad Austral. Gerente Asuntos Legales de Distribuidora de Gas del Centro S.A. y Cuyana S.A. Profesor titular de "Derecho Administrativo", Universidad Católica de Córdoba y Profesor de "Derecho procesal administrativo, Universidad de Córdoba. Profesor de diversos posgrados en el País y en el extranjero.

