

Voces: CONTRATO ~ CONTRATACION DIRECTA ~ CONTRATACIONES DEL ESTADO ~ LICITACION PUBLICA ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ MONOPOLIO ~ ESTADO NACIONAL ~ DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCION PROVINCIAL

Título: Contrataciones directas

Autor: Biglieri, Alberto

Publicado en: LA LEY 29/07/2010, 29/07/2010, 1 - LA LEY2010-D, 1138

Cita Online: AR/DOC/4628/2010

Sumario: I. Introducción. II. Contrataciones Directas. III. El derecho penal. IV. Precepto constitucional nacional. V. Monopolio y monoposonio. VI. Rol del Estado. VII. Constituciones provinciales. VIII. Conclusión.

Abstract: "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, que 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."

fl. Introducción

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 (1) o, directamente la constitucionalización de la Licitación (2) eliminará el flagelo de la corrupción.

Es que la construcción del instituto no se realizó como un procedimiento destinado a ello. Debería sostener, muy por el contrario, que las constantes modificaciones a la selección previa del contratante, y en especial la inmensa cantidad de excepciones que, como un paso o eslabón más del sistema, consagran la posibilidad de contratar directamente por montos y dimensiones que a priori están prohibidos, están volviendo el tiempo atrás, desandando el camino, desconstruyendo el instituto, ante un poder político que busca la libre contratación como sinónimo de 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 y como al más avezado investigador de los órganos u organismos de control.

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.

Pues, siguiendo con la metáfora sucesoria, todos los otros institutos, aplicables a montos superiores, pueden pretender hacerse con el acervo hereditario del inicio de los tiempos, cuando las analogías del derecho privado prevalecían sobre las normas puras de derecho público, si y sólo si aceptamos —convencionalmente— que fueron a ocupar el espacio que dejó vacío la libertad contractual del Estado, que ante el crecimiento de la incidencia de éste en el mercado, exigía como correlato mayor control para ese supuesto, y en menor medida —éste 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 —y abandono de la libertad contractual mencionada— incorporando obstáculos al recorrido selectivo de la contraparte, a la vez que robustece su anclaje normativo. Cada vez más alambicado el procedimiento, cada vez más alto el rango normativo que lo impone.

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

Las excepciones, que como veremos también se han multiplicado con el tiempo, han progresado aun más en el volumen de los objetos contratados que en su normativización (3). Y como si esto fuera poco, la doctrina —y la jurisprudencia y la 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.

Tal es la confusión, que volviendo a la metáfora sucesoria, este engendro virtual, pretende con su "nombre y apellido" apócrifos, reabrir la sucesión de la causante libertad contractual, y erigirse en la única heredera, desplazando a su homónima —y económicamente pobre por sus menores montos— que en la confusión general se ve obligada a la utilización de apodos para diferenciarse (4).

II. Contrataciones Directas (5)

Sin analogías ni recursos literarios:

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, que incluso, pasa inadvertida en las macro auditorias y controles superficiales de los órganos u organismos cuya competencia se limita al control posterior de la gestión pública.

Llamaré a la primera —a la heredera legítima— Contratación Directa natural y a la segunda —a aquella que se usa para denominar el conjunto de excepciones del procedimiento licitatorio— Contratación Directa artificial.

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 exiguos, los controles se relajan. Pero aun 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 supuesto de 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 (6). 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 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 falencias, que a la hora de ser denunciadas en la sede penal siguen 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 competencia.

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 (7), al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios."

V. Monopolio y monopsonio

Es menester, para comprender este trabajo, que la mención del monopolio alcanza para limitar la figura del Estado como único oferente, pero también 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 de las otras formas típicas de defectos de la competencia también conocidas como posiciones dominantes:

"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 Monoposonio y Oligoposonio. En general puede afirmarse que cuanto más alto resulte el número de participantes más competitivo será el mercado.

Un Monopolio es un mercado donde sólo 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 monoposonio es mercado en el que sólo 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 oligoposonio.

Un oligoposonio es un mercado en que solamente hay unos pocos compradores". (8)

Otros autores completan estas definiciones con la idea de que la escasa pluralidad de sujetos en una de las fuerzas del mercado deben aparecer coaligadas 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 ligado al vocabulario económico (9). Viene a reemplazar el término más amplio y antiguo de concurrencia (10) (11), pues sostenemos que el constituyente ha adjudicado las nociones clásicas de competencia y jurisdicción, entendiéndolas como las medidas de las atribuciones de la función administrativa y de la judicial (vg. CN Artículo 75 inciso 24, Artículo 100 1er. Parr., Artículo 117) y no ha encontrado un término unívoco para expresar su voluntad de limitar la distorsión en el mercado, echando mano a la tercera acepción de competencia (12) en el Diccionario de la Real Academia, que en la jerga económica le agrega a la concurrencia 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 la posición monopsonica del Estado en el mercado? ¿Respeto la manda del artículo 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 artículo 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, al nominar un género con el nombre que identifica la más conocida de sus especies, es una situación de 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, a libre decisión del vendedor, y reiteradamente de marcas competidoras a la solicitada. Muchas veces, 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 contratantes con el Estado.

La constitucionalización expresa de la licitación en las cartas provinciales (13) 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 sólo a una de sus especies, delegando en algunos casos al legislador la determinación de las excepciones que disparan todas las alternativas de contrataciones directas artificiales, que venimos criticando y que se pueden detallar así:

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

En general se puede englobar (14) los innumerables casos de excepciones al procedimiento licitatorio, descritos materialmente en el párrafo anterior, en esos cinco ítem, pero por una 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, quedando entonces, seis grandes grupos de 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 que ha fracasado, por no presentación falata de requisitos de los oferentes o por inadmisibilidad técnica de las ofertas (15) d) El Ius Variandi, como las compras accesorias, a veces superan el contrato inicial y debería haberse realizado una nueva Licitación —cuando el monto así lo exigía— esta excepción arrastra una gran cantidad de críticas por la falta de claridad (16) 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 dictaduras, hipótesis de conflicto y fantasmas bélicas, han cedido espacio a los objetos especiales del software y algunos sistemas de telecomunicaciones para las fuerzas del orden. f) Oferente Estatal. Las contrataciones interadministrativas, en las que no se persigue el fin de lucro y se presume que la calidad y garantía de la prestación están aseguradas desde las mismas normas que informan la competencia de los organismos contratantes.

VIII. Conclusión

La utilización de una denominación idéntica para dos institutos muy diferentes confunde al estudioso, encubre maniobras reñidas con las normas de transparencia incorporadas al derecho interno y complica la tarea de los órganos u organismos de control. Es por ello que propongo llamar a las cosas por su nombre: Contratación Directa Natural, a la que se regula en la escala de los montos mínimos de adquisiciones del Estado y Contratación Directa Artificial a aquella que ocurre ante la imposibilidad de aplicar el régimen general de los procedimientos preseleativos por razones expresamente normadas como excepcionales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) LN 24759, Convención Interamericana. LN 26.097 Convención de las Naciones Unidas.

(2) Como, por ejemplo, lo ha hecho la Constitución de la Provincia de Catamarca.

(3) La urgencia y el único oferente acaparan la mayoría de las contrataciones.

(4) Trámite Simplificado, compulsas de precios, caja chica, etc. ...

(5) GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid, 1987, 8ª edición, 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) 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.

(7) El resaltado me pertenece.

(8) MOCHON, Francisco y BEKER, Víctor A., Economía. Principios y aplicaciones, Edígrafos S.A., 1996, Madrid, pp. 198, 222, 241.

(9) 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, Ariel, 2ª reimpression de la 3ª edición, Barcelona, 1999, p. 475.

(10) 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.

(11) 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..."

(12) 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."

(13) 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.

(14) "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 sólo cuadra con una legislación determinada". SAYAGUES LASO, Enrique, La Licitación Pública. Texto actualizado por MARTINS, Hugo Daniel y DAPKEVICIUS, Rubén Flores. Julio César Faira Editor, Montevideo, 2005, p. 29.

(15) BIGLIERI, Alberto, Responsabilidad del Estado —Las reglas de juego precontractuales—" en Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo, de AA.VV., Coordinado por V. Hernández Mendible. Ediciones Paredes. Caracas. 2009, t. I, p. 926.

(16) MAIRAL, Héctor, Las raíces legales de la corrupción. Cuadernos Res Pública Argentina. Buenos Aires. 2007, p. 27.