

Abstract

"The aim of this report is to demonstrate the abuse of Direct Contracting in the context of Public Administration in all three government levels, based on the hypothesis that a dysfunction in the procedure to select the contracting party is observed in the administrative practice, in opposition to the subsidiary function granted to it by the legislation. Through the thorough and comparative study of the doctrinal and jurisprudential points of view on the current normative regime and on reality, it is possible to perceive the differences of opinion as to what should be considered rule and what should be considered exception, and especially the worrisome contradiction between the legal requirements and the proceedings of public officials who leave aside the fact that it is the satisfaction of a public need and the pursuit of general well-being that allows them to enter into contracts in the first place."

Resumen

El objetivo del presente trabajo es demostrar el abuso de la Contratación Directa en el ámbito de las contrataciones de la Administración Pública en los tres órdenes de gobierno, a partir de la hipótesis de que en la práctica administrativa se observan una disfunción de este procedimiento de selección del cocontratante en contraposición a la función subsidiaria que le otorga la legislación. Del estudio detenido y comparativo de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales del régimen normativo vigente y de la realidad, se pueden advertir con claridad las diferencias de criterio sobre lo que se debe considerar como regla y excepción, destacándose principalmente la preocupante contradicción existente entre lo exigido por la Ley y lo realizado por los funcionarios públicos, perdiendo de vista que lo que los habilita a contratar es la satisfacción de una "necesidad pública" y la obtención del bienestar general.

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

Julietta Alicia Carossio



ABOGACÍA
UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

2010

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación
y ¿Regla en la Práctica?

Apellido y Nombre: CAROSSIO, Julieta Alicia

Año: 2010

Carrera: Abogacía

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Resumen

El objetivo del presente trabajo es demostrar el abuso de la Contratación Directa en el ámbito de las contrataciones de la Administración Pública en los tres órdenes de gobierno, a partir de la hipótesis de que en la práctica administrativa se observan una disfunción de este procedimiento de selección del cocontratante en contraposición a la función subsidiaria que le otorga la legislación. Del estudio detenido y comparativo de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales del régimen normativo vigente y de la realidad, se pueden advertir con claridad las diferencias de criterio sobre lo que se debe considerar como regla y excepción, destacándose principalmente la preocupante contradicción existente entre lo exigido por la Ley y lo realizado por los funcionarios públicos, perdiendo de vista que lo que los habilita a contratar es la satisfacción de una "necesidad pública" y la obtención del bienestar general.

Abstract

"The aim of this report is to demonstrate the abuse of Direct Contracting in the context of Public Administration in all three government levels, based on the hypothesis that a dysfunction in the procedure to select the contracting party is observed in the administrative practice, in opposition to the subsidiary function granted to it by the legislation. Through the thorough and comparative study of the doctrinal and jurisprudential points of view on the current normative regime and on reality, it is possible to perceive the differences of opinion as to what should be considered rule and what should be considered exception, and especially the worrisome contradiction between the legal requirements and the proceedings of public officials who leave aside the fact that it is the satisfaction of a public need and the pursuit of general well-being that allows them to enter into contracts in the first place."

1- Introducción

1.1-Objetivo General	1
1.2-Objetivos Particulares	1
1.3-Metodología a seguir.....	2

2- Capítulo 1

Principios que Rigen la Contratación Pública

2.1- Igualdad	5
2.2- Concurrencia.....	6
2.3- Publicidad	7
2.4- Legalidad.....	11
2.5- Buena Fe	13
2.6- Transparencia	13
2.7- Razonabilidad	16
2.8- Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos.....	17
2.9- Eficiencia.....	17
2.10- Seleccionabilidad	20
2.11- Confianza Legítima	21
2.12- Importancia de los principios	22
2.13- Formas De Selección Del Cocontratante Según La Legislación, La Jurisprudencia Y La Doctrina.....	26
2.13. 1. Regulación legal de elección del procedimiento.....	27
2.13.1.1- Los llamados “contratos civiles”	28

3-Capítulo 2

La Libre Utilización de cada uno de los Procedimientos según la Doctrina, la Legislación y la Jurisprudencia

3.1- a) La Doctrina.....	31
3.1.1- La justificación de la postura de Marienhoff.....	32
3.1.1.1- La distinción entre el régimen “jurídico” y el régimen “legal” como clave para diferenciar principios de excepciones	34

3.1.2- Una Postura Superadora de las Antinomias Tradicional.....	36
3.1.3- La postura de Comadira	37
3.1.4- Selección Discrecional o Selección Reglada a la luz de la Constitución Nacional.....	38
3.1.4.1- Interpretar para garantizar la igualdad, ¿igualdad entre quienes?, ¿según qué criterio?	40
3.1.4.2- Pauta valorativa para el dictado de leyes y su posible inconstitucionalidad	44
3.1.5- Quid del silencio de la ley.....	46
3.1.6- Conclusión Personal	46
3.2- b) Legislación Vigente	48
3.2.1- Derecho Comparado	48
3.2.2- Derecho Constitucional Provincial	51
3.3- c) La Jurisprudencia	53
3.3.1 Análisis del fallo OCA S.A. C/ SIDE.....	54

4- Capítulo 3

Contratación Directa

4.1- Contratación Directa: concepto	60
4.2- ¿Cuándo es procedente la contratación directa?	62
4.2.1- Supuestos Legales	63
4.3- Caracteres	73
4.4- Diferencias con otros medios de selección	74
4.4.1- 4.5- Las contrataciones interadministrativas y el principio de la libre elección	75
4.5- Análisis Comparativo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN- Decreto 1023/02); Ley Provincial de Contabilidad (Ley Nº 7631) y Sistema de Contrataciones de Bienes, Obras y Servicios del Estado Municipal (Ordenanza 835/94)	78

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

5- Capítulo 4

Principios Jurídicos, Principios Legales y ¿Principios de Hecho? 95

6- Capítulo 5

Instrumentos para Promover la Transparencia y el Control Social en las Contrataciones Públicas..... 133

7- Conclusión 147

8- Bibliografía 128

Tabla de Figuras

Fig. 1: Régimen de Publicidad en el Decreto 436/2000 14)	14
Fig. 2: Régimen de Publicidad en el Decreto 436/2000	14
Fig. 3: Irrazonabilidad por defecto y exceso.....	22
Fig. 4: La seleccionabilidad inclusiva de la elección discrecional y los sistemas reglados	41
Fig. 5: Ejemplo de la desigual distribución de proveedores del Estado	103
Fig. 6: Principales empresas proveedoras del Estado	104
Fig. 7: Corrupción estructural- Ubicación de la Argentina en el Índice de Corrupción elaborado por Poder Ciudadano.....	114

Abreviaturas Utilizadas

CD	Contratación Directa
CN	Constitución Nacional
LOPN	Ley de Obras Públicas Nacional Nº 13.064
LOPP	Ley de Obras Públicas Provincial Nº 8614
LP	Licitación Pública
ONC	Oficina Nacional de Contrataciones
OOP	Ordenanza de Obras Públicas de la Ciudad de Río Cuarto Nº 835/1994
RCAN.....	Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional - Decreto 1023/01

INTRODUCCIÓN



1- Introducción

En materia de contrataciones, una de las principales cuestiones a abordar es la de la objetividad del Estado al seleccionar el adjudicatario.

Cuando el Estado se dispone a poner en funcionamiento el mecanismo para la adquisición de bienes y servicios, no debe perder de vista la finalidad de la contratación, que es satisfacer una “necesidad pública”, finalidad que, en definitiva, sea directa o indirectamente, es compartida por todo acto administrativo.

Es la intención de satisfacer esta necesidad pública o bienestar general la que habilita al Estado a contratar implementando un mecanismo de contratación con formalidad *ad-solemnitatem* contenido en la Ley.

Como principio general, y para dejar en claro desde el comienzo cuál es la regla en el tema que nos ocupa, toda compra, locación, arrendamiento y servicios que se realicen por cuenta del Estado deberán ser efectuados mediante el procedimiento de la “licitación pública”. Dicha regla está fundamentada por ciertos principios inviolables como son: el resguardo de elementales razones de moralidad administrativa, garantizar el reparto de los beneficios públicos de acuerdo a pautas de la justicia distributiva y elegir entre los oferentes a quién tenga aptitud para ser el mejor co-contratante.

Sin embargo, la licitación pública como mecanismo de selección puede ser dejada de lado (situación amparada por la ley y “recomendada” por la realidad), utilizando otros procedimientos, tales como la licitación privada, el concurso de precios o la contratación directa, pues, de lo contrario mayores serían los perjuicios que los beneficios.

A modo de ejemplo, podrían ser causales que permitan apartarse de la licitación pública el monto menor de la contratación, la urgencia, reserva o secreto del Estado, capacidad especial, marca o privilegio, monopolio, contratos en otros Estados, escasez, contratos interadministrativos, licitación pública desierta, entre otros. Todas ellas son excepciones que, basadas en razones de imposibilidad legal, de naturaleza, de hecho, por razones de conveniencia administrativa, por atendible “razón de Estado” o

por seguridad pública, deben estar debidamente fundamentadas si se pretende invocarlas.

Ahora bien, el estudio de dichas excepciones al procedimiento licitatorio, que deben ser interpretadas en forma estricta y restrictiva, atendiendo a los fines que tuvo en miras el legislador al contemplarlas, se ha vuelto fundamental en la actualidad si vemos la frecuencia con que se las alega en las tres esferas de gobierno, tornándose la mayoría de los contratos administrativos “sospechables” por la gran mayoría de los administrados.

1.1-Objetivo General

Demostrar el abuso de la forma de contratación directa (como excepción) dentro del sistema de contrataciones del Estado.-

1.2-Objetivos Particulares

- *Brindar* un marco teórico sobre los medios de selección del contratante estatal previstos en la legislación y doctrina.-
- *Analizar* los principios que rigen la contratación de la Administración Pública.-

Haciendo un anticipo de lo que formará parte del desarrollo, se pueden mencionar como principios a analizar: Igualdad, Concurrencia, Publicidad, Principio de Legalidad, Buena Fe, Transparencia, Razonabilidad, Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios, Eficiencia, Seleccionabilidad y Confianza Legítima. En este punto se seguirá a Irma PASTOR DE PEIROTTI, quien desarrolla el Capítulo “*Los Contratos Administrativos*” del Manual de Derecho Administrativo¹.-

- *Demostrar*, por medio de la abundancia de ejemplos de extraídos de la realidad, cómo es violado el principio de la licitación pública y el consecuente abuso de la contratación directa.-
- *Analizar* jurisprudencia para divisar cuándo se justifica la contratación directa apartándose del principio general de licitación pública.

¹ PASTOR DE PEIROTTI IRMA, “Los Contratos Administrativos” en SESIN DOMINGO JUAN (coord.) *Manual de Derecho Administrativo*, S&S Editores, 1º Edición, 2008, pg. 153 y ss.-

- *Realizar* un estudio pormenorizado de las opiniones de reconocidos autores administrativistas. Al desarrollar este apartado, se verá que la doctrina no es unánime a la hora de establecer como regla la licitación pública y como excepción la contratación directa. Entre las posiciones a analizar encontramos las de MIGUEL MARIENHOFF, ROBERTO DROMI, MANUEL MARÍA DIEZ, BENIGNO ILDARRAZ, JULIO RODOLFO COMADIRA Y JUAN CARLOS CASSAGNE.-

- *Comparar* los casos particulares que dan lugar a la contratación directa previstos en el derecho extranjero con los previstos en el nacional.-

- *Proponer* un mecanismo de contratación que incluyan la participación ciudadana a los fines de maximizar la transparencia.-

1.3-Metodología a seguir

Una de las características principales que presenta el tema estudiado (la contratación directa en la administración pública) es el diferente tratamiento que se le hace y posición que se le otorga según ésta sea estudiada desde la legislación vigente, la doctrina, la jurisprudencia y la realidad.

Con el objetivo de analizar acabadamente cada una de estas aristas, el trabajo se ha dividido en 5 capítulos, los cuales pretenden brindar al lector un panorama completo y específico sobre el contenido.

El primero de los aspectos analizados es el de los *“Principios que Rigen la Contratación Pública”*. Allí se procura demostrar la importancia de su utilización en todo procedimiento de selección pero, principalmente, en el de la contratación directa por carecer ésta de formalidades propias.

A continuación, se desarrolla bajo el título *“Formas de Selección del Cocontratante según la Legislación, la Jurisprudencia y la Doctrina”* cuál es el principio que en cada uno de estos ámbitos se considera apropiado. Es en este punto donde se desarrolla con mayor precisión jurídica si la licitación pública o la libre elección debe ser la regla en materia contractual. Procurando, además, que con la mayor exactitud lingüística posible, y valiéndose de los estudios doctrinarios realizados, se logre superar la dicotomía licitación pública-libre elección para pasar a establecer como figura principal el criterio de seleccionabilidad.

Lógicamente y más allá de lo que establezca la doctrina, un trabajo final no puede estar apartado de lo fijado por la legislación vigente.

Esto da motivo al tercer capítulo denominado “*Contratación Directa*”, en el cual se encontrará todo lo referido a su procedencia a partir de lo establecido legislativamente. Este análisis se complementa con un cuadro comparativo que fija las diferencias entre el orden nacional, provincial y de la ciudad de Río Cuarto en relación a criterios como procedencia de la contratación directa, clases de contratación directa, autoridades de aplicación, etc.

Hasta el momento, obviando algunas diferencias doctrinarias, juristas y legisladores parecen haber convenido en que el procedimiento ideal para la selección del cocontratante es aquel que garantice en mayor medida la publicidad, la transparencia, la igualdad y la libre concurrencia pero que, principalmente, restrinja la arbitrariedad de la administración.

Quien parece no acordar con este principio es el funcionario público entendido en sentido genérico. A esta conclusión se puede llegar a partir de la lectura del capítulo que hemos dado en llamar “*Principios Jurídicos, Principios Legales y ¿Principios de Hecho?*”, en donde se deja plasmada la proliferación de la contratación directa en los tres órdenes de gobierno. La fuente informativa aquí empleada han sido artículos periodísticos de los últimos años y de diferentes diarios que publican sus ediciones en formato digital.

Finalmente, y para incorporar aires de esperanza sobre la realidad contractual, se trata la posibilidad de un Quinto Poder, del cual solo adelantaremos su nombre: Poder Ciudadano.

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- 2.1- Igualdad 2.2- Concurrencia 2.3- Publicidad 2.4- Legalidad 2.5- Buena Fe
- 2.6- Transparencia 2.7- Razonabilidad 2.8- Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos 2.9- Eficiencia 2.10- Seleccionabilidad
- 2.11- Confianza Legítima 2.12- Importancia de los principios
- 2.13- Formas De Selección Del Cocontratante Según La Legislación, La Jurisprudencia Y La Doctrina
 - 2.13. 1. Regulación legal de elección del procedimiento
 - 2.13.1.1- Los llamados "contratos civiles"



2- Capítulo 1

Principios que Rigen la Contratación Pública

El Derecho Administrativo en general, y el régimen de contrataciones en particular, posee principios generales que indican –de manera más o menos precisa– cuál es el camino que debe seguir el funcionario público a la hora de efectuar una contratación.

Concretamente, es el DECRETO 1023/01 quien ha consagrado los principios jurídicos que rigen esta tarea en su ART. 3, los cuales vienen a complementar los clásicos de igualdad, concurrencia y publicidad. Sumado a esto, la doctrina también se ha encargado de establecer principios que sirven de barrera para el ejercicio de las facultades de la administración tales como la buena fe, la confianza legítima y el principio de seleccionabilidad.

Desde el inicio de las acciones administrativas tendientes a celebrar un contrato público hasta la finalización de la ejecución acordada, toda cuestión vinculada a la contratación deberá interpretarse sobre la base de un riguroso cumplimiento de esta serie de principios consagrados normativamente.

2.1- Igualdad

Numerosos autores han analizado este principio y lo han ido desarrollando de diversas maneras, por lo que en la actualidad, éste es un principio muy rico y amplio ya que cuenta con múltiples facetas. Así, por ejemplo, COMADIRA² sostiene que la igualdad nace la propia CONSTITUCIÓN NACIONAL, la cual en el ART. 16 asegura a todos los habitantes de la Nación (léase, en este caso, oferentes de una licitación pública o potenciales contratistas) la igualdad. Afirma, a su vez que el trato igualitario debe incluir a todos los estadios del procedimiento de selección, desde el inicio hasta la adjudicación y firma del contrato,

² COMADIRA, Julio Rodolfo, La Licitación Pública, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pg. 63

manteniéndose vigente incluso hasta luego de celebrarse el acuerdo de voluntades.

Otros autores como GORDILLO³, siendo más explícito respecto de este último aspecto recalca que la igualdad debe estar presente y garantizada en tres fases diferentes: durante el procedimiento licitatorio, en la adjudicación y en la ejecución del contrato. En la primera se procurará conseguir la mayor cantidad de oferentes, en la adjudicación se buscará contratar con la mejor oferta y, por último, en la ejecución del contrato la igualdad supone que no se confieran en la ejecución del contrato, ventajas, modificaciones y tratamientos especiales que, de haberse dado a otros oferentes, podrían haber cotizado precios inferiores. CASSAGNE⁴, en su análisis agrega un aspecto que va más allá de la igualdad entre oferentes y que está relacionado con la igualdad de los terceros, y sostiene que el principio de la igualdad también tiene un punto de contacto con la “potestas variandi” ya que el principio de inalterabilidad del contrato tiene a preservar la igualdad de los terceros ante los beneficios públicos.

Legalmente, este principio se encuentra regulado en el ART. 3 inc. F) del DECRETO 1023/01 que expresa la “igualdad de tratamiento para interesados y oferentes”. También prevé la revocación en forma inmediata del proceso licitatorio en caso de que existan cláusulas que beneficien a algunos oferentes.

2.2-Concurrencia

Con este principio se pretende garantizar que todo aquel interesado en realizar ofertas a la administración, si se encuentra en las condiciones legales exigidas, podrá participar del procedimiento de selección. Lógicamente, al promoverse la concurrencia, serán más las ofertas realizadas y se podrá seleccionar a quien tenga mayores garantías, capacidad técnica, económica y financiera. A su vez, la concurrencia impide que el licitante imponga trabas o restricciones arbitrarias que violen en principio de igualdad.

El DECRETO, en el ART. 17 establece que

³ GORDILLO AGUSTÍN, *Después de la Reforma*, Bs. As. 1996, pp. Vii-7/VII-8 en PASTOR DE PEIROTTI IRMA, “Los Contratos Administrativos” en SESIN DOMINGO JUAN (coord.) *Manual de Derecho Administrativo*, S&S Editores, 1º Edición, 2008 pg. 158

⁴ PASTOR DE PEIROTTI IRMA, “Los Contratos Administrativos” en SESIN DOMINGO JUAN (coord.) *Manual de Derecho Administrativo*, S&S Editores, 1º Edición, 2008 pg. 159

“El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta de aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales (...)”.

Como principio general, este mismo DECRETO en análisis plantea que “podrán contratar con al administración las personas físicas o jurídicas con capacidad para obligarse que no estén comprendidas en las previsiones del ART. 28...”. Para mayor abundamiento, se explicita que para ser oferente no se requiere la inscripción previa, exigencia que sí existía en el régimen anterior al vigente.

2.3-Publicidad

Íntimamente relacionado con la concurrencia, a mayor publicidad de las futuras contrataciones, la administración tendrá mayor número de oferentes y mayores posibilidades de elegir a quien ofrezca la capacidad técnica, económica y financiera.

“Así, se busca que en base al cumplimiento del principio de publicidad se garantice el acceso en términos igualitarios a la contratación a la mayor cantidad de oferentes posibles, con la finalidad de evitar la incidencia de factores distorsivos, neutralizándolos mediante la libre concurrencia entre proveedores, en el entendimiento de que calibre competencia en el mercado resulta ser el mejor mecanismo de asignación de recursos”⁵.

La publicidad en las contrataciones administrativas es una herramienta ineludible para permitir el control de la sociedad civil y para hacer posible la participación ciudadana⁶. Además, es aquel instrumento que permite hacer efectiva la

⁵ Cfr. *Transparencia en materia de compras y contrataciones*. Página Oficial del Ministerio de Defensa de la República Argentina:

http://www.mindef.gov.ar/transparencia/transparencia_compras_contrataciones.html

⁶ Cfr. ARENOSO, FEDERICO, “*Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas*”, Fundación Poder Ciudadano, 1º edición, Buenos Aires, 2006, pg. 147, puede encontrarse en www.poderciudadano.org.ar

responsabilidad de los funcionarios públicos. Debe ser comprendida como un principio básico de la República, ya que donde hay un poder de gobierno, cualquiera que éste sea, debe haber responsabilidad⁷.

Un ejemplo de la importancia de la publicidad en la contratación administrativa puede hallarse en las resoluciones del Ministerio de Defensa y Seguridad, las cuales han impulsado diversas medidas tendientes a ampliar la publicidad de los trámites de adquisición de bienes y servicios y a profundizar el control para evitar posibles irregularidades en la selección de los adjudicatarios de las contrataciones de la jurisdicción de dicho Ministerio.

Entre otras medidas, establece que debe otorgarse difusión a los actos que componen las diferentes etapas de los trámites contractuales, mediante su comunicación a la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) para su publicación en su página Web, de acceso público.⁸

Volviendo al análisis del DECRETO 1023/01, ART. 18 afianza el principio prescribiendo que

“la comprobación de que en un llamado a licitación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa (...) dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento ...”

y al ART. 32 establece cómo y por cuántos días se efectuará la publicación y con cuántos días de antelación debe realizarse la publicación.

El DECRETO 436/00 detalla la forma en que se deben realizar las publicaciones del proyecto de pliego. Éstas varían según las características de cada contratación:

Tipo de Contratación	Características	Plazos y Espacios de Publicidad
-----------------------------	------------------------	--

⁷ Cfr. ARENOSO, FEDERICO, “Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas”, Fundación Poder Ciudadano, 1º edición, Buenos Aires, 2006 pg. 146

⁸ Cfr. *Transparencia en materia de compras y contrataciones*. Página Oficial del Ministerio de Defensa de la República Argentina:
http://www.mindef.gov.ar/transparencia/transparencia_compras_contrataciones.html

<p>Licitación y Concurso público: varían las condiciones de publicidad según el monto estimado de la contratación.</p>	<p>Si el monto excede presuntamente los \$5.000.000</p>	<p>Boletín oficial: por ocho días y con doce días de anticipación a la fecha de apertura respectiva.</p> <p>Avisos en dos diarios de gran circulación nacional: un día coincidente con el término de publicación en el Boletín oficial. Página oficial de la ONC.</p>
	<p>Si el monto no excediera presuntamente los \$5.000.000</p>	<p>Los días de publicación y anticipación serán de dos a cuatro, respectivamente, los días de anticipación se computarán a partir del día Nabil inmediato siguiente al de la última publicación. Página oficial ONC.</p>

Figura 1: Régimen de Publicidad en el Decreto 436/2000

Tipo de Contratación	Plazos y espacios de publicidad
<p>Licitación y concurso privados</p>	<p>Boletín Oficial: DOS (2) días y con CUATRO (4) días de anticipación a la fecha de apertura respectiva. Sitio Web de la ONC.</p> <p>La publicación en el medio de difusión oficial, provincial o municipal donde deba cumplirse el contrato, o, en su defecto, en uno de los medios de mayor difusión del lugar.</p> <p>Se deberán remitir invitaciones por un medio fehaciente a, por lo menos, CINCO (5) de los principales productores, prestadores, fabricantes o comerciantes del rubro y a proveedores anteriores si los hubiere. Deben enviarse comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los prestadores, productores, fabricantes y comerciantes del rubro, para su difusión entre los posibles interesados en participar. El envío de estas comunicaciones se podrá efectuar por cualquier medio, dejando constancia en el expediente</p>

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

<u>Remate o Subasta Pública</u>	Boletín Oficial: se publicará como mínimo un aviso por UN (1) día con una antelación de DIEZ (10) días a la fecha fijada para su realización. Sitio Web de la ONC. Medio de difusión oficial, provincial o municipal donde deba llevarse a cabo el procedimiento: por el mismo lapso y con igual antelación.
<u>Contratación Directa</u>	Se deberán cursar invitaciones por un medio fehaciente a un mínimo de TRES (3) proveedores habituales, prestadores, productores, fabricantes, comerciantes o proveedores del rubro. Las invitaciones se enviarán simultáneamente a todos los invitados, con una antelación mínima de CINCO (5) días.
<u>Obra Pública (Regulado por Ley 13.064)</u>	Los anuncios deben ser publicados con CINCO (5) días de anticipación y publicarse durante CINCO (5) días si el presupuesto de la obra no excede los PESOS CIENTO DIEZ MIL (\$110.000); con QUINCE (15) días de anticipación y publicarse durante DIEZ (10) días si el presupuesto de la obra es mayor a CIENTO DIEZ MIL (\$110.000) pero no excede los DOSCIENTOS SESENTA MIL (\$260.000); con VEINTE (20) días de anticipación y publicarse durante QUINCE (15) días si el presupuesto de la obra excede los DOSCIENTOS SESENTA MIL (\$260.000).

Figura 2: Régimen de Publicidad en el Decreto 436/2000

Como puede advertirse, la minuciosidad de la reglamentación reseñada es una clara demostración de la importancia que la normativa le otorga a la publicidad de las contrataciones públicas, con los dos objetivos que ya se han señalado: por un lado, obtener la mayor cantidad de interesados en contratar para poder contar con más opciones entre las cuales elegir la más conveniente para el interés general y, por otro lado, como una herramienta que permite el control y la participación ciudadana en la materia⁹.

2.4-Legalidad

⁹ Cfr. ARENOSO, FEDERICO, “Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas”, Fundación Poder Ciudadano, 1º edición, Buenos Aires, 2006

Es este uno de los pilares del procedimiento constitutivo de la licitación pública e implica la sujeción de la contratación pública al derecho vigente entendiendo por tal no sólo a la ley formal sino al ordenamiento jurídico en su totalidad. Concretamente, formarían parte de este universo jurídico todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la CONSTITUCIÓN NACIONAL, hasta los simples precedentes administrativos legales en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los actos administrativos de alcance general normativo (reglamentos) y, eventualmente ciertos contratos administrativos¹⁰.

En el caso ORGANIZACIÓN COORDINADORA ARGENTINA S.A. SECRETARÍA DE INTELIGENCIA DE ESTADO¹¹, la Corte dijo:

“el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquellos están subordinados a una legalidad imperativa”.

“La competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme la finalidad con la cual le fue atribuida, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable, de modo que según la norma del ART.7 de la Ley 19.549 excede su poder el funcionario que fija aquél con ánimo de liberalidad o a su arbitrio.”.

En este caso, la Secretaría de Estado dictó una resolución dejando sin efecto el convenio celebrado en octubre de 1989 basándose en que el hecho de fijar un precio diez veces mayor al estipulado en el contrato originario, no puede considerarse como una prórroga del mismo sino como una nueva contratación realizada con la inobservancia de posprocedimientos sustanciales.

¹⁰ COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010 pág 21

¹¹

http://www.revistarap.com.ar/DerechoEVISTA,RNACIONAL/+NUMERO_REVISTA,252/+TIPO_CONTENIDO,JURISPRUDENCIA/+CA,1ADM0048013336000/DETALLE/1ADM0048013336000.html

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

El principio de legalidad fue reconocido, también en el caso “LASER DISC S.A. c/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA CULTURA DE MENDOZA”¹², donde la CSJN sostuvo que

“la validez y la eficacia de los contratos administrativos se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación”;

en este caso la empresa no ha podido acreditar la adjudicación de la licitación privada por parte del Instituto Provincia de la Cultura de Mendoza.

Por su parte, en el año 2004, el Supremo Tribunal dispuso en el caso PRADERA DEL SOL C/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDÓN¹³ que

“los contratos administrativos constituyen una ley para las partes, en ellos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado (pacta sunt servanda), y la modificación unilateral llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, o puede ser justificada a la luz de lo expresamente dispuesto por el ART. 1197 del C.C.”.

La CSJN, en el caso “SERRA¹⁴” utiliza el término “legalidad” en sentido amplio al recordar que la Administración está “positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa”. Aquí se puede observar cómo aunque se utilice la expresión “legalidad administrativa”, en realidad, se está refiriendo a sometimiento al ordenamiento jurídico en su totalidad.

“El principio de legalidad cierra el círculo para que los poderes públicos no dejen de satisfacer el interés general que es el ámbito determinante para su actuación u omisión, incluso en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa donde se incorporan elementos subjetivos para tal satisfacción, sin que puedan ser nunca ilegítimos,

¹² CSJN, “ESPACIO S.A. V. FERROCARRILES ARGENTINOS”, 22/12/1993, fallos 316.3157

¹³ CSJN, “PRADERA DEL SOL V. MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDÓN”, 01/12/2004, pág. 864, XXXVI

¹⁴ CSJN., “SERRA FERNANDO HORACIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES”, 26/10/1993, fallos 316:2454, consid 14.

injustos, ilógicos, desproporcionados o contrarios a los criterios unívocos de la ciencia y la técnica para cada circunstancia objetiva”¹⁵.

2.5- Buena Fe

Jurisprudencialmente se ha afirmado que “los contratos deben celebrarse e interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosímelmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”¹⁶. Este principio de actuación es “(...) aplicable a los contratos administrativos, por lo que debe exigirse un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conductas perjudiciales y desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que ha suscitado en la otra parte”¹⁷.

2.6- Transparencia

Las compras y contrataciones públicas constituyen un factor clave para que las instituciones estatales puedan cumplir con sus importantes misiones (educación, salud, justicia, defensa, etc.). Por esta razón, y dada la gran incidencia que las compras públicas tienen en el gasto del Estado, resulta crucial que se promueva la transparencia en los procedimientos, no sólo para investigar y sancionar hechos de corrupción, sino también, y principalmente, para evitarlos.

De ningún modo se pretende aquí agotar el alcance, contenido y sentido del principio de la transparencia ya que es un concepto al cual se volverá permanentemente durante el desarrollo del trabajo, pues su íntima relación con los procedimientos de selección del contratante y, más aún cuando de contratación directa se trata, así lo requiere.

En este apartado sólo se enunciarán algunas disposiciones legales que lo regulan y una breve referencia sobre los nuevos métodos de contratación utilizados en el mundo:

¹⁵ CAMPOS MONGE CHRISTIAN “CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)”, Revista de Ciencias Jurídicas n° 112, Universidad de Costa Rica, facultad de Derecho, 2007.

¹⁶ CSJN “ROBLES S.A. C/ ESTADO NACIONAL, SERVICIO DE PARQUES NACIONALES”, marzo 30-993.

¹⁷ C.S. “PANEDILE ARGENTINA SACIC C/ AGUA Y ENERGÍA ELÉCTRICA SOCIEDAD DEL ESTADO”. 1983/08/04, fallos 305:1001.

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

- el ART. 3, INC. C) del DECRETO en estudio se habla de la transparencia en los procedimientos de selección del contratante.

- el ART. 19 del mismo ordenamiento legitima a toda persona que acredite fehacientemente algún interés, para tomar vista de las actuaciones.

- el DECRETO 666/03, establece que la apertura de las ofertas debe realizarse por acto público, en miras a otorgarle mayor transparencia al procedimiento.

El otro tema que nos ocupa aquí es la de las contrataciones electrónicas. Tal como nos enseña un documento preparado para la *Conferencia sobre Transparencia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*, organizada por el Departamento Legal con la Colaboración de la División del Estado y Sociedad Civil del Departamento de Desarrollo Sostenible del Banco Interamericano de Desarrollo

“El sector público es el mayor comprador de bienes, obras públicas y servicios, el Estado destina a sus procesos de adquisiciones gran parte de los recursos económicos confiados por sus gobernados para el desarrollo del país. Una de las prioridades en la gestión pública es la búsqueda de mecanismos que aseguren la transparencia de estos procesos, que mejoren la capacidad de respuesta del propio Estado para cubrir sus necesidades y satisfacer el bienestar colectivo, en pro del orden público y del interés social.”

Dada esta realidad, continúa diciendo el documento, en los procedimientos de compras del Estado, se ha buscado implementar nuevas tecnologías en el manejo de la información para aumentar la transparencia y la eficiencia de dichos procesos. Con esto,

“se pretende revolucionar la forma tradicional de los procesos de adquisiciones, a través de transacciones más rápidas, difundiendo los procesos de compras, garantizando una mayor participación de proveedores y contando con una herramienta efectiva de supervisión, control y rendición de cuentas de las adquisiciones (...). Utilizando medios electrónicos, el sistema permite, entre otras cosas, que los compradores del gobierno den a conocer sus demandas de bienes, servicios y obra

pública y a los proveedores o contratistas obtener dicha información. La concepción integral del sistema contempla continuar con todo el proceso de licitación hasta su finiquito, inclusive la presentación de las ofertas.”¹⁸

Si bien el documento está inspirado en lo sucedido en México, país que fue uno de los pioneros en el desarrollo de estos sistemas electrónicos de contratación, es una herramienta de Internet que está creciendo en el mundo y que nuestro país ha dado en llamar **SECOP**. Éste es un instrumento tecnológico de avanzada que permite efectuar la gestión de compras íntegramente a través de Internet, posibilitando el seguimiento del estado de avance del proceso de contratación en tiempo real y ofrece, entre otras ventajas disponibilidad de información y documentación de procedimientos los 365 días del año; Posibilidad de presentar ofertas en cualquier horario durante el período de la convocatoria; Igualdad y facilidad de acceso para proveedores y ciudadanía; Acceso gratuito; no requiere instalación¹⁹ y facilita el acceso a los mercados de las contrataciones estatales a las pequeñas y medianas empresas del país, lo que indirectamente implica generación de empleo en todo el territorio.

Los gobiernos optan por este sistema ya que pueden reformar procesos, promover la competencia e incrementar la transparencia de sus contrataciones. Además, cuando estos sistemas están correctamente diseñados se logra disminuir los costos y aumentar la disponibilidad y acceso a la información clave.

El SECOP, administrado por la Oficina Nacional de Contrataciones de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros busca garantizar dos conceptos fundamentales que hacen a la buena gobernabilidad: transparencia y rendición de cuentas. Si bien son éstos conceptos que, de a poco, y con la influencia de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales se han ido incorporando a los temas debatidos por los legisladores y funcionarios públicos, aún queda bastante por hacer. Son asignaturas pendientes bajar a la práctica

¹⁸ SCHLESKE FARAH ANTONIO G., “*El uso de los medios electrónicos como herramienta de la gestión pública para aumentar la transparencia en las contrataciones*”, mayo de 2000, Banco Interamericano De Desarrollo Conferencia Sobre Transparencia Y Desarrollo En América Latina Y El Caribe, se puede consultar en <http://www.iadb.org/leg/Documents/ponencia%20Schleske%20Spa.pdf>

¹⁹ Jornada Compras del Estado, organizadas por la Oficina Nacional de Contrataciones Subsecretaría de Tecnologías de Gestión Secretaría de la Gestión Pública Jefatura de Gabinete de Ministros en www.argentinacompra.gov.ar

todo lo legislado y, principalmente, desarrollar una conciencia generalizada con respecto a las contrataciones administrativas, siendo éstas una de las áreas menos atendidas y más vulnerables de la administración pública. Sumado a ello,

“en los pocos textos escritos sobre contratación pública, se mencionan solamente los aspectos legales y procedimentales vinculados con esta importante actividad. No se encuentran textos que enfoquen el tema desde un punto de vista gerencial y que hagan referencia por ejemplo: a cómo desarrollar y calificar a proveedores, cómo aplicar el poder de compra del Estado para facilitar el desarrollo de proveedores y su participación en mercados globales o electrónicos, etc. Generalmente, nada se dice del costo que representa el no disponer en tiempo y forma de los elementos imprescindibles para la gestión de cada uno de los organismos públicos; ni de la potencialidad que poseen los medios electrónicos, de uso masivo por la población, para mejorar la celeridad, transparencia y performance de las contrataciones y ampliar la participación de oferentes de todo el país”²⁰.

En un país en el que el 40% del gasto del sector público está destinado a las contrataciones en bienes y servicios, una correcta política sobre su uso tendrá impactos indirectos sobre la economía.

2.7- Razonabilidad

Receptado por el inciso a) del ART. 3, significa que deben procurarse los principios de buena fe y proporcionalidad en las prestaciones. En casos como MARUBA S.C.A. c/ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS²¹, el Tribunal sostuvo que “cuando un acto administrativo carece de argumentación razonable sobre los hechos que se le vinculen y se basa tan solo en la simple voluntad del funcionario que lo dictó es arbitrario y por ende ilegítimo” y que “resulta pertinente recordar que no hay actividad de la Administración ajena al control judicial de legalidad y razonabilidad. En

²⁰SCHLESKE FARAH ANTONIO G., “El uso de los medios electrónicos como herramienta de la gestión pública para aumentar la transparencia en las contrataciones”, mayo de 2000, Banco Interamericano De Desarrollo Conferencia Sobre Transparencia Y Desarrollo En América Latina Y El Caribe, se puede consultar en <http://www.iadb.org/leg/Documents/ponencia%20Schleske%20Spa.pdf>

²¹CNFed Civil y Com, Sala III, julio 3-997, “MARUBA S.C.A. c/ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS”.

efecto su actuación debe ser racional y justa y la circunstancia de que se ejerciten facultades discrecionales, no constituye justificativo de conducta arbitraria”, esto último como argumento en el fallo TRANSPORTES Y CONSTRUCCIONES S.A. c/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL SAN MARTÍN²².

El respeto al principio de la razonabilidad debe plasmarse, dentro del ámbito contractual, en la proyección del contrato, es decir, cuando la Administración decide qué tipo de contrato va a celebrar, con qué características, cuál va a ser su duración, cuál será su costo, etcétera.

Ejemplos de contratos irrazonables:

IRRAZONABLE POR DEFECTO	IRRAZONABLE POR EXCESO
<p>Cuando la prestación que involucra no es suficiente en relación con las verdaderas necesidades públicas por satisfacer con ese contrato.</p> <p>Si se advierte la necesidad de adquirir vehículos para las fuerzas policiales, no sería razonable que se compren rodados antiguos, porque no dotaría a dicha fuerza de seguridad de móviles adecuados para el desarrollo de su actividad</p>	<p>Cuando la prestación que involucra supera, en mucho, las verdaderas necesidades públicas por satisfacer con ese contrato</p> <p>No sería razonable adquirir 20.000 lapiceras para un organismo que sólo cuenta con 30 empleados.</p>

Fuente: Arenoso Federico, *op. cit.*, pág. 144

Figura 3: Irrazonabilidad por defecto y exceso

2.8- Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos

Aunque la doctrina no sea absolutamente pacífica, la mayoría entiende que surge del ART. 1112 del C. Civil y 36 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y su regulación está en los arts. 14 del DECRETO 1023/01 y 21 del DECRETO 436/00. Respectivamente, establecen que “los funcionarios que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones serán responsables por los daños que su dolo, culpa o negligencia causaren al Estado Nacional, con motivo de las mismas” y que “(...) en todos los casos se deberá utilizar el procedimiento más apropiado y conveniente, en función de los intereses públicos, acarreado su incumplimiento la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en los términos del Capítulo VII de la ley 25.164. Dicho incumplimiento importará

²² BOTASSI CARLOS ALFREDO. *Demanda de Amparo para cuestionar un pliego de licitación*, La Ley, T 1993.

además la revocación de los actos que no se ajusten a sus previsiones y de los trámites posteriores que se hubiesen realizado”.

Junto con GORDILLO²³ podemos afirmar que el funcionario que perjudica a los administrados y consumidores debe sufrir las consecuencias de su hecho dañoso. Por ello, es necesario que el sistema legal que regule la responsabilidad personal de los funcionarios sea riguroso y que, con la misma severidad sea aplicado por los Tribunales. De lo contrario, todo el régimen de responsabilidad carecería de sentido y, en definitiva, sería el contratista quien deberá cargar con las deficiencias y el obrar corrupto de la administración.

La responsabilidad de los funcionarios públicos es un principio republicano esencial, que se sustenta en la idea de que donde hay un poder de gobierno, cualquiera que éste sea, debe haber una responsabilidad.

En materia de contrataciones, este principio tiene consagración específica toda vez que la normativa establece que los funcionarios que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones serán responsables por los daños que por su dolo, culpa o negligencia causaren al Estado Nacional con motivo del ejercicio de sus funciones.²⁴

2.9- Eficiencia

La Administración Pública, en todos sus niveles, satisface las necesidades de los administrados por medio de la compra de bienes y servicios a la sociedad civil, para ello, debe ajustarse a la normativa vigente del tema en cuestión a los fines de evitar la incidencia de factores que desvirtúen o distorsionen y vuelvan inalcanzable el interés Estatal. Entiéndase por tal, en este caso, realizar contrataciones en las mejores condiciones económicas y financieras posibles, que le permitan actuar con la mayor eficacia y eficiencia posibles. Realizando un razonamiento lógico, fácilmente podremos inferir que si se siguen los lineamientos exigidos por la normativa en cuanto a la publicidad de los procedimientos, se garantiza el acceso en términos igualitarios a la

²³ Cfr. GORDILLO AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, T. 2, Cit. Cap. XIX, pop. 1 y ss, en www.gordillo.com.ar

²⁴ Cfr. ARENOSO, FEDERICO, “Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas”, Fundación Poder Ciudadano, 1º edición, Buenos Aires, 2006

contratación a la mayor cantidad de oferentes posibles, lo cual garantiza uno de los mejores mecanismos de asignación de recursos: la libre concurrencia entre proveedores. Con esto quedaría garantizado, al menos en parte, el empleo eficaz y eficiente de los recursos públicos.

Al respecto, resulta muy interesante la relación que establece CHRISTIAN CAMPOS MONGE, Magister en Derecho Constitucional de Costa Rica entre los principios de legalidad y eficiencia y eficacia:

“Es difícil asimilar y tener que soportar lo que a veces, lamentablemente, parece ser una idea ampliamente enraizada en la mente de cientos de servidores públicos al citar la legalidad, y lo que éste significa. La errada apreciación de la legalidad hace decidir cosas que afectan lo que persiguen los procedimientos de compra: la satisfacción plena y oportuna del interés general. Ante las equívocas interpretaciones la Sala (refiriéndose a la Sala Constitucional de su país) dicta cátedra: *‘...los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, el cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general...’*, de ahí que los aspectos de forma no puedan transformarse, en definitiva, en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, y más cuando detrás de ello está la adaptación – ineludible– a las nuevas realidades socio-económicas y tecnológicas del país. Los principios de eficiencia y eficacia obligan a sobreponer mandatos supremos dado que la legalidad constitucional, más que la letra de la ley, muchas veces ajena a la realidad social, ordena tutelar el interés general; sea, proteger un bien mayor como lo es la plena satisfacción de los ciudadanos que son, al final, los que directamente se favorecerán de la actuación eficiente de cada sujeto público. En esto consiste una definición clara y acertada de los enunciados base de todo el sistema de contratación pública”²⁵.

²⁵ CAMPOS MONGE CHRISTIAN “CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)”, Revista de Ciencias Jurídicas n° 112, Universidad de Costa Rica, facultad de Derecho, 2007.

En cuanto a la relación existente entre la eficiencia y el formalismo en los procedimientos licitatorios, el autor afirma que la Administración necesariamente debe cumplir con los principios de celeridad, sencillez y economía procesal, lo que lleva a que el interés principal del Estado deba estar enfocado en que quienes coticen, estén en condiciones de satisfacer el interés general buscado lo que se traduce en el cumplimiento de los elementos sustanciales del pliego licitatorio. Excluir participantes por omisiones técnicas superables o por elementos que podrían quedar sujetos a aclaración implicaría un exceso de formalismo que, indudablemente, repercutiría sobre la eficiencia pues aquél es propenso a que las respuestas estén, pero de manera tardía, con el riesgo de lesionar el interés público, no por haber violado el principio de legalidad, pero sí por haber convertido a la oficiosidad, sencillez, eficiencia y economía procesal en principios abstractos.

2.10- Seleccionabilidad

Significa que cuando la administración va a contratar, debe seleccionar en base a criterios objetivos, razonables, justificables y que garanticen la igualdad entre los postulantes. El funcionario público, nunca podrá invocar intereses distintos a los de la Nación o el ámbito al cual sirva, no puede tener discrecionalidad absoluta para decidir sobre la *res pública*, debe, por el contrario, valerse de parámetros objetivos que justifiquen acabadamente el hecho adjudicatorio al más idóneo de los proponentes.

Este principio hace que la regla en la normativa tanto nacional como provincial y municipal a la hora de determinar al co-contratante de la Administración sea la licitación pública y sólo por vía de excepción se pueda elegirlo libremente, por medio de la contratación directa. Lógicamente, es la licitación pública la que ofrece las mayores garantías cuando se trata de evaluar la publicidad, transparencia, eficiencia, libre concurrencia y demás principios que rigen la contratación del Estado.

Los *leading cases* en este tema fueron “MERIDIANO”²⁶ y “ALMACENAJES DEL PLATA”²⁷, dictados en 1979 y 1988 respectivamente. En ellos se estableció que ante la ausencia

²⁶ (...) Considerando 9º) Que la ley 13.653 ya citada y sus modificaciones, que organizan el funcionamiento de las empresas del Estado, en su ART. 2º dispone que éstas actuarán de acuerdo con lo que establezcan sus leyes de creación y los estatutos orgánicos que les fije el Poder Ejecutivo, disponiendo el ART. 11, según la ley 15.023, que en todo cuanto esa ley, los estatutos específicos de cada empresa y las reglamentaciones pertinentes no provean, será de aplicación la ley de contabilidad.

de una norma específica que fijara el procedimiento de la licitación pública, debía estarse a la validez del acto respectivo.

2.11- Confianza Legítima

Entendiéndolo como “expectativa razonable” se pueden hallar indicios de ella en los fallos “INDUSTRIA MADERERA LANIN”, “JUAN MARÍA DE VIDO” Y “MARINELLI S.A. – PASCHINI CONSTRUCCIONES S.R.L. – UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS C/ MUNICIPALIDAD DE RÍO CUARTO”.

En el primero, se evaluó la actitud arbitraria de la Administración que había frustrado la posibilidad de un acuerdo de explotación forestal, por lo que procedió a la indemnización. En el segundo caso mencionado, una vez definida la debida buena fe en la ejecución del contrato, se agrega que “Por se ello así es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que – merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante”. Por último, en el caso entablado contra la Municipalidad de Río Cuarto, el Tribunal Superior de Justicia resolvió que

“el principio de la confianza legítima no sólo debe ser analizado desde la perspectiva de quien resultó ser adjudicatario del contrato, sino

El Estatuto Orgánico de la Administración General de Puertos aprobado por el dec. ley 7996/56 y modificado por el dec. ley 6675/63, en el capítulo III del régimen de contrataciones trata solamente las adquisiciones y contrataciones de trabajo, servicios o suministros de especies, no diciendo nada de las concesiones de servicio público y de uso del dominio público. Otro tanto acontece con el ART. 55 y siguientes de la ley de contabilidad, que en el capítulo VI se limita a reglar toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros. Solamente hace referencia a las concesiones, en forma genérica, el dec. 6900/53 que reglamenta las contrataciones del Estado, en cuyo ART. 148 especifica que aquéllas se regirán por las disposiciones generales de ese reglamento, no disponiendo, en lo que aquí interesa, nada especial para ese tipo de contratos.

Podrá discutirse en doctrina si el principio que debe regir las contrataciones del Estado es la licitación pública o la libre contratación; pero en función jurisdiccional, ante la tacha de nulidad del acto administrativo por vicio de forma, **a falta de una norma expresa que exija la licitación pública para elegir el cocontratante, o sea; ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto.** (El destacado es nuestro).

²⁷ (...)Considerando 8º) Que, por fin, en lo que atañe a si la licitación pública era o no necesaria para otorgar la explotación de los depósitos fiscales que efectivizó la resolución 314/69, el a quo –después de recordar lo resuelto en sentido negativo por esta Corte in re “Meridiano” (cit.) y las normas que en esta ocasión fueron interpretadas –se adentra en “el análisis del conjunto normativo citado, cuya aplicación al caso no se discute” para llegar a “una conclusión diametralmente opuesta”) fs. 939). O sea, que la licitación pública habría sido imprescindible y que –al omitírsela- ello provocó la “nulidad de los contratos celebrados son cumplir tal recaudo” (fs. 840), al par que justificó la revocación de la resolución 314/69, que habría padecido de igual vicio (ídem).

El tema ya fue tratado por el Tribunal en la sentencia dictada en la tantas veces citada cauda “Meridiano” (Fallos 301:292). Puesto que esta Corte, en su actual composición, comparte en el punto el criterio del recordado precedente, a él se remite, dando por reproducidos sus términos en razón de brevedad y en consecuencia, reitera que las conclusiones que motivan estas actuaciones fueron legítimas pues **“a falta de una norma expresa que exija la licitación pública para elegir al contratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto”** (considerando 9º in fine), (el destacado es nuestro).

Lo hasta aquí expuesto hace concluir en la improcedencia de los fundamentos que utilizó la sentencia en recurso para rechazar la demanda, razón por la cual se impone su revocación.

que al propio tiempo debe ponderarse con la proyección que tiene en orden a la situación de los restantes oferentes participantes del proceso de selección del contratista particular, quienes concretaron la formulación de sus ofertas según la documentación que integraban los Pliegos de Licitación, circunstancias que no pueden ser soslayadas sin vulnerar la igualdad de tratamiento de los oferentes y la seguridad jurídica en orden a las condiciones sustanciales de la contratación”.

2.12- La importancia del estudio de los principios es fundamental ya que, además de formar parte del ineludible ordenamiento jurídico al que se debe someter la Administración a la hora de contratar, sirve como elemento integrador y pauta de interpretación cuando dicho ordenamiento presenta lagunas. A más de ello, muchas veces obran como verdaderas garantías que pueden ser invocadas por los particulares frente al Estado.

La función de los principios es servir, a través de su esencia ontológica y su valor preceptivo, a dilucidar el sentido de una norma o dar razón de ella y llegar, incluso, a integrar nuevas formulaciones jurídicas. Son orientadores e informadores del ordenamiento jurídico, que permiten una labor correctiva o extensiva de las normas. Son referentes de interpretación frente a posibles carencias del ordenamiento jurídico²⁸.

Como ya se verá a lo largo del desarrollo de este trabajo las disposiciones legales vigentes en materia de contrataciones son múltiples y con marcados aciertos metodológicos.

Sin embargo presentan una carencia muy importante: la contratación directa, como instituto absolutamente excepcional a la regla de la LP está tratada orgánicamente en un solo artículo de un DECRETO NACIONAL (DECRETO 1023/2001, artículo 25 inc. d) y en otras leyes, como la de Obras Públicas.

Así presentadas las cosas, y considerando la expansiva incidencia que tiene la contratación directa en la actualidad, pretender utilizar sólo estos artículos para regular todos los casos sería como pretender tapar el sol con una mano. Tamaño error,

²⁸ Cfr. SCIACCA, FABIANA JOSEFA, “*El principio general de Buena Fe y la teoría de los actos propios*”, Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional, Año II, N° 6, Año 2001, pág. 127.

semejante a creer que la importancia de la CD es directamente proporcional a la regulación legal que posee.

De allí que, ante la manifiesta insuficiencia de disposiciones específicas sea indispensable por parte del órgano contratante remitirse a los principios generales de contratación que orientarán y guiarán su accionar si lo que quiere hacer al contratar es mantener la inteligencia de la ley y del sistema de contrataciones en general. El funcionario público obraría como un verdadero intérprete e integrador del derecho que en cierto modo predice y complementa aquello que el legislador omitió en su momento. Aquí, los principios se presentan como un aliado insustituible para resolver los problemas que plantea el obrar administrativo, ya que, por su naturaleza, es un actividad que se presta a la interpretación jurisprudencial.

No es un desafío sencillo y más si se tienen en cuenta las características propias del instituto a integrar. Estamos hablando de un procedimiento de selección del cocontratante totalmente arbitrario, que poco tiene de publicidad, igualdad, libre concurrencia y, en la mayoría de los casos, transparencia. La habilidad del funcionario estará dada por la medida en que logre “neutralizar” a la contratación directa, utilizándola como un medio de selección tan válido como cualquier otro porque le ha añadido aquellos principios rectores que *indefectiblemente* debe garantizar todo procedimiento de selección.

Recordemos que la CD es una flexibilización de los estrictos formalismos que rodean la LP, contemplada para casos puntuales, pero no es una figura que logra abstraerse de todo el ordenamiento jurídico y avasallar el tan importante principio de juridicidad.

El problema parece radicar en que no sólo con habilidad se logra superar este desafío, sino también con *voluntad de hacerlo*. Voluntad que surgirá a partir del sentido ético que posea el servidor.²⁹

²⁹ Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010 pág. 53. El autor agrega que este valor ético difícilmente aparecerá en la función pública si antes no está presente en la convivencia ciudadana. La aprehensión de una mentalidad transgresora, incluso corrupta muchas veces es vista como una viveza que puede incluso hasta otorgar brillo personal, pero se pasa por desapercibido que en realidad degrada la persona de quien lo practica y reproyecta a la sociedad toda. De allí que ese agregado (o *plus*) de calidad humana que deben tener los funcionarios públicos supone una transformación en los niveles éticos de la comunidad y del individuo.

2.12.1- A partir de lo expuesto precedentemente y teniendo en cuenta especialmente el carácter marcadamente discrecional que tiene el actuar administrativo, principalmente cuando de contratación directa hablamos, resultaría interesante y de utilidad asignarle una nueva función a los principios generales del derecho: la de control de la contratación³⁰. Muchas veces se los incluye como elementos de control complementarios o subsidiarios, cuando en realidad se les debería dar una mayor preeminencia, atento a que ellos derivan directamente de la Constitución Nacional, ordenamiento al cual indudablemente debe ajustarse todo acto administrativo.

Es esta una conclusión que se deriva directamente del principio de juridicidad, ya que si, la actuación del funcionario debe estar conforme con todo el universo jurídico (y no solo con la legislación vigente), los principios generales del derecho son un nuevo elemento a considerar. Se presentarían de este modo, como un filtro más que deberá pasar el acto administrativo para ser considerado “conforme a derecho”, lo que implica, en segunda instancia, que el acto esté vulnerable a sufrir mayores vicios que lo tornen nulo.

- Control por el principio de igualdad: es éste un principio aplicable, en el caso de los contratos administrativos, sólo entre administrados ya que la supremacía administrativa está reconocida y avalada por la legislación.

Igualdad implica igual tratamiento entre personas que se encuentran en igualdad de condiciones, siempre que dicha categoría no haya sido arbitraria ni caprichosa. Por lo tanto, si existe una facultad discrecional y ella se ejerce en forma desigual respecto de quienes se hayan en una situación análoga, puede incurrirse en un vicio de juridicidad si las diferenciaciones impuestas no se sustentan en motivos serios, objetivos y razonables. Este tema será desarrollado con mayor detenimiento en *“Interpretar para garantizar la igualdad, ¿igualdad entre quienes? ¿según qué criterio?”*.

- Control por el principio de razonabilidad, congruencia, proporcionalidad: *“Existen conductas razonables para cada tipo de actividad administrativa. El ejercicio de la discrecionalidad, la ponderación de intereses conforme a la oportunidad y*

³⁰ Cfr. SESÍN DOMINGO J, “Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial”, Ediciones Depalma, Córdoba, 1994, pág. 299 y ss.

conveniencia, la libertad de elegir entre varias alternativas, es posible siempre que, entre otras limitaciones, la resolución administrativa no sea arbitraria e irrazonable. Es decir que cuando la administración excede su margen de apreciación ingresa dentro de territorios que conciernen a la juridicidad”³¹.

Gordillo, en su Tratado de Derecho Administrativo, afirma que la proporcionalidad debe resultar entre: A) la finalidad legal y la finalidad del acto, b) la finalidad legal y los medios utilizados por el acto para su realización y c) los antecedentes de hecho, los medios y la finalidad que procura el acto.

En este punto, resulta de utilidad analizar un caso especial de razonabilidad: la de los pliegos licitatorios³², actividad que de ninguna manera puede quedar al margen del sello de razonabilidad que debe tener toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos.

- Control por el principio de Buena Fe: Este es un principio suficientemente desarrollado por todas las áreas del derecho y que tienen su importante aplicación en la ciencia administrativa. En la materia que nos ocupa es primordial, ya que el obrar administrativo crea confianza en el administrado por estar rodeado de una aparente juridicidad, por lo que vuelve cuestionable cualquier comportamiento que contraría la confianza razonable y el ejercicio transparente de la función.

- Control por el precedente administrativo: *“El precedente administrativo es una actuación cumplida con anterioridad que por su fuerza vinculante, a tenor de posprincipios referidos, obliga al órgano competente a mantener la uniformidad y coherencia para los casos similares posteriores”³³* Si se cumplen las identidades entre el sujeto administrativo y las circunstancias, la administración tiene la obligación de subsumir el nuevo caso con el precedente que, en este caso se tornaría vinculante. Excusan a la administración de aplicar el antecedente las variaciones en el interés

³¹ Cfr. SESÍN DOMINGO J, “Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial”, Ediciones Depalma, Córdoba, 1994, pág. 299 y ss., pág. 299 y ss.

³² Cfr. SESÍN DOMINGO, ídem cita anterior. pág. 261 y ss. Allí el autor, luego de realizar un estudio pormenorizado del avance jurisprudencial respecto de la razonabilidad en los pliegos licitatorios en varios países europeos, concluye en que el momento más importante en cuanto a la cuantificación de la discrecionalidad necesaria para elegir el mejor oferente se haya en la redacción del pliego y sus normas secundarias que prescriben criterios valoración. Esto se deb a que, la “mejor oferta” no sólo estará configurada por la más económica en hablando en términos netamente monetarios, sino que también pueden considerarse otros parámetros, tales como el plazo, la calidad de los materiales empelados, el patrimonio de las empresas, antecedentes y experiencias en la actividad, cantidad de personal, etc. Claro que, serán éstas pautas que deberán estar claramente estipuladas y con la debida publicidad.

³³ SESÍN DOMINGO, ídem cita anterior, pg 308.

público, siempre que se hallen debidamente fundamentadas, como así también razones de mérito y la ilegalidad del precedente pretendidamente vinculante.

- Otros principios que pueden servir como vara para determinar la juridicidad de un acto son los de procedimiento, forma, motivación, desviación del poder y verificación de los hechos.

2.13- Formas De Selección Del Cocontratante Según La Legislación, La Jurisprudencia Y La Doctrina

Frente a este encabezado, resulta casi imposible no pensar en la licitación pública como forma de selección principal del cocontratante. Difícilmente, en lo primero que uno piense sea en la libre elección o en la CD si hablamos de los criterios predominantes en la doctrina y jurisprudencia. Según la posición dominante y lo que podría opinarse a *prima facie* la Administración Pública, salvo ante algunas excepciones, no puede elegir libremente a su co-contratante.

Es el ordenamiento jurídico vigente el que la constriñe a realizar la elección observando y respetando las normas que señalan cuál sería el procedimiento más adecuado a seguir en función del contrato que se va a celebrar, en virtud de que cada uno de aquellos prioriza diferentes aspectos. Esto explica el por qué del estudio de los tipos de selección en la parte de “contratos en general” y sin hacer referencia a ninguno en especial.

Así, por ejemplo, para adjudicar una *licitación pública*, se puede elegir la oferta más conveniente en aspectos económicos (aunque en el pliego de bases también se pueda establecer la ponderación de aspectos técnicos o tecnológicos), mientras que en un *concurso* para empleos públicos se analizarán los antecedentes y preparación académica (resumidos en la palabra *idoneidad* de la CONSTITUCIÓN NACIONAL).

Como generalmente se suele hacer, hemos elegido dos extremos de selección para ejemplificar las diferencias, sin embargo, hay otros medios intermedios que pueden ser aplicables a unos u otros contratos, en cuyo caso habrá que estar a las disposiciones legales o, a falta de ellas, a la discrecionalidad del organismo promotor de la compra del bien o servicio.

2.13. 1. Regulación legal de elección del procedimiento³⁴

Ya sea que se efectúe de una u otra forma, siempre se deberá obtener la máxima transparencia en la gestión de las contrataciones (ART. 9 RCAN), con bases en la publicidad y difusión de las actuaciones garantizando el control social por medio del uso de los medios tecnológicos disponibles (ART. 19 RCAN). Los principios que regulan la actuación en esta función de la administración son los de *centralización de políticas*, misión encomendada a la Oficina Nacional de Contrataciones y *descentralización de la gestión*, en un marco de *anticorrupción*, arts. 23 y 10 del RCAN respectivamente.

No obstante la previsión de múltiples medios de selección, la regla que se impone es la de la licitación pública o el concurso público según lo que se busque priorizar sean los aspectos económicos o los no económicos (ART. 25 inc. a, apartados 1 y 2 del RCAN). Los restantes procedimientos serán aplicables cuando la normativa así lo disponga, tal como lo hace el ART. 25 en su inciso a), apartados 1 y 2 del DECRETO en estudio, que en general utiliza el criterio cuantitativo del monto estimado del contrato.

Los principios que describe el ART. 3 (que ya han sido explicados con detenimiento ut supra), deben ser tenidos en cuenta en cada procedimiento de selección, adaptándose a las modalidades propias de cada uno.

Otro de los cuerpos normativos que regulan los medios de selección del cocontratante es La **LOP**. Ella es más rigurosa y sólo exceptúa de la licitación pública los casos que taxativamente determina en su ART. 9º, modificado por el ART. 33 del DECRETO DELEGADO 1023/01, mientras que en los demás aspectos será aplicable el Título I del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en tanto no se oponga a sus prescripciones específicas (ART. 35, RCAN).

Por último, cabe mencionar la **LEY 25.551** que fija como principio rector que la administración pública nacional, sus dependencias, reparticiones y entidades autárquicas y descentralizadas, las empresas del Estado y las sociedades privadas prestadoras, licenciatarias, concesionarias y permisionarias de obras y de servicios

³⁴ Cfr. DROMI, ROBERTO, “Derecho Administrativo”, Editorial Ciudad Argentina, 4º Edición Actualizada, 1995, pg 479

públicos, en la contratación de provisiones y obras y servicios públicos y los respectivos subcontratantes directos otorgarán preferencia a la adquisición o locación de bienes de origen nacional, en los términos de lo dispuesto por esta ley y la **25.164** que desarrolla el Régimen de Empleo Público.

2.13.1.1- Los llamados “contratos civiles”

Las vías de selección de las que venimos hablando no son exclusivas del derecho Administrativo y de los contratos que sus sujetos de estudio realizan, sino que, también la Administración puede celebrar contratos “civiles”³⁵ (en la terminología de MARIENHOFF) sometiéndolos a estas reglas y, más aún, los particulares pueden recurrir a ellas para regular sus negocios. Esto, si bien es viable jurídicamente, no es común en la práctica ya que la índole de la actividad administrativa exige que siempre se deba tener en cuenta el “interés público”, que jamás podrá resultar dañado por su actividad, exigencia que no tienen que cumplir los particulares con sus propios actos jurídicos.

2. 14 Formas Procedimentales

Estas formas procedimentales³⁶ que, además de servir para seleccionar al contratista, se emplean para preparar la voluntad contractual de la administración y

³⁵ Estos contratos se diferencian de los contratos administrativos en los siguientes aspectos fundamentales, según el autor previamente citado:

- a) Régimen Jurídico Sustantivo: el contrato de “derecho Común” de la Administración pública, por principio, hállese sometido a las normas del derecho privado. El contrato “administrativo” se rige por las normas y principios del derecho público (...).
- b) Jurisdicción Contenciosa: en caso de controversia o contienda, la jurisdicción ante la cual debe recurrirse varía: tratándose de un contrato “administrativo”, stricto sensu, dicha jurisdicción es la que el ordenamiento jurídico imperante haya establecido para entender en lo contencioso-administrativo, tratándose de un contrato de “derecho privado” dicha jurisdicción es civil i comercial de los tribunales pertinentes (...).
- c) Medio de Impugnación: el recurso “*jerárquico*” no procede respecto de los actos relacionados con contratos de *derecho común* de la Administración, pues tal recurso sólo es admisible con relación a actos “*administrativos*”. Con relación a contratos de *derecho privado* sólo es admisible la demanda judicial ordinaria, que deberá promoverse en las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

³⁶ Se dicen formas “procedimentales” porque el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa. En su consecuencia, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se aplica el régimen jurídico de la función administrativa. Ahora bien, en el régimen jurídico de tal función, como principio de ella, encontramos el procedimiento administrativo, es decir, las reglas que rigen la intervención de los administrados interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. Por todo ello hay que aplicar en la contratación administrativa las normas del procedimiento administrativo. Mas aún, el *procedimiento de contratación administrativa es un procedimiento administrativo especial. (...)* Tenemos que distinguir, por tanto, un procedimientos precontractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato y un procedimiento contractual o de ejecución. Cfm. DROMI, ROBERTO, “Derecho Administrativo”, Editorial Ciudad Argentina, 4º Edición Actualizada, 1995.- pág. 471.

tienen una doble finalidad, a) asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato y
 b) evitar toda sospecha ende inmoralidad en la respectiva negociación son:

PROCEDIMIENTO	MARCO NORMATIVO
licitación pública	-Ley de Obras Públicas (LOP) 13.064 -RCAN (DECRETO delegado 1023/2001) -RCEN (DECRETO 436/2000), hasta tanto se reglamente el RCAN.
concurso privado	-ART. 25 inc, a, 2 del RCAN -ART. 4 de LOP.
licitación privada	-Artículos 25 inc. c y 27 del RCAN.
concurso privado	- ART. 25 inc. c. RCAN
licitación abreviada	- ART. 25 inc. c. RCAN
concurso abreviado	- ART. 25 inc. c. RCAN.
contratación directa.	- ART. 18 RCEN - ART. 15 y 25 inc d RCAN.
subasta o remate público	- ART. 24 y 25 RCAN.,
concurso de proyectos integrales	- Ley 17.520 ART. 4, reformado por ley 23.696, ART. 58; - decr. 966/05 ART. 5º.
venta de acciones en Bolsas y mercados.	- Ley 23.696 ART. 18, 4.

CAPÍTULO 2

LA LIBRE UTILIZACIÓN DE CADA UNO DE LOS PROCEDIMIENTOS SEGÚN LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

3.1- a) La Doctrina

3.1.1- La justificación de la postura de MARIENHOFF

3.1.1.1- La distinción entre el régimen "jurídico" y el régimen "legal" como clave para diferenciar principios de excepciones

3.1.2- Una Postura Superadora de las Antinomias Tradicionales

3.1.3- La postura de COMADIRA

3.1.4- Selección Discrecional o Selección Reglada a la luz de la Constitución Nacional

3.1.4.1- Interpretar para garantizar la igualdad, ¿igualdad entre quienes?, ¿según qué criterio?

3.1.4.2- Pauta valorativa para el dictado de leyes y su posible inconstitucionalidad

3.1.5- Quid del silencio de la ley

3.1.6- Conclusión Personal

3.2- b) Legislación Vigente

3.2.1- Derecho Comparado

3.2.2- Derecho Constitucional Provincial

3.3- c) La Jurisprudencia



3-Capítulo 2

La Libre Utilización de cada uno de los Procedimientos según la Doctrina, la Legislación y la Jurisprudencia

Para analizar acabadamente el tema de los medios de selección del cocontratante y, fundamentalmente poder establecer y justificar cuál de todos los medios propuestos opera como principio y cuál como regla, en caso de que ello exista, es fundamental abordar el tema desde tres aristas diferentes:

- a) **La Doctrina:** en este punto, y a lo largo de todo el trabajo, se dejarán plasmadas las posturas de administrativistas de renombre como DROMI, DIEZ, CASSAGNE, ILDARRAZ, MARIENHOFF y COMADIRA. Desde ya, vamos adelantando que ellas no son coincidentes por completo a pesar de que todas buscan el efectivo cumplimiento de los principios a los que el obrar administrativo debe ajustarse.
- b) **La Legislación Vigente:** en este punto, aparentemente si hay coincidencia en este afán de plantear antinomias en lo que a regla-excepción se refiere.
- c) **La Jurisprudencia:** en donde se incluye la siempre importante jurisprudencia contencioso-administrativa de la Procuración Nacional del Tesoro.

3.1- a) La Doctrina

En el nivel nacional, ésta ha tendido a sostener, como principio general en materia de selección del contratista estatal a la *libre elección*. Dicho principio operaría en ausencia de una norma expresa que exija lo contrario, es decir, en ausencia de una disposición legal que obligue a la administración a realizar algún otro procedimiento. En caso contrario, la Administración sólo reconocerá como límites para la identificación de su contratista aquellos que resulten válidos para toda actividad discrecional.

3.1.1- La justificación de la postura de MARIENHOFF

Uno de los principales promotores de esta posición es MARIENHOFF, y sería una deshonestidad intelectual haber citado al reconocido jurista en el desarrollo de la procedencia y caracteres de la contratación directa, como se verá en el cap. 3 -en donde quedará más que claro el carácter de excepcionalidad que le atribuyen tanto DROMI (el otro autor al que se ha seguido en esta etapa del trabajo) y la legislación vigente- y no explicitar cuál es la particular postura de MARIENHOFF al respecto.

A diferencia de lo que hacen otros tratadistas consultados, al tratar el tema de los medios de elección empleados para contratar comienza con la “libre elección”, sistema que ni siquiera es nombrado al pasar en otras obras. Y no sólo se limita a nombrarlo, sino que lo estudia primero ya que lo propone como “*la regla*” en materia de selección del co-contratante. Sin embargo, y como ya nos encargaremos de dejarlo en claro, en esta vertiente no se asimila completamente la “*libre elección*” con la “*contratación directa*”

A continuación, pasaremos a desarrollar su teoría, sin perder de vista la talla del autor que la sostiene.

Este sistema, expone MARIENHOFF, sería la posibilidad que tiene la Administración, de elegir directa y discrecionalmente a su co-contratante, sin tener que cumplimentar previamente, ciertos requisitos.

Sin embargo, inmediatamente comienza a delimitar el ámbito de aplicación del principio para decir que, lógicamente, por estar la Administración sujeta a diversos tipos de control (de índole financiera, técnica y ética) la “*libre elección*” no implica “*posibilidad de arbitraria elección*”, porque ella debe ajustar su accionar a los criterios generales que determinan la validez de su actuación. Dicho esto, se deriva que la Administración no dispone de total libertad para elegir a su co-contratante, como sucede entre dos particulares que contratan entre sí y que la “*libre elección*”, no obstante ser el “*principio*”, es sólo aplicable a los casos que presenten determinados caracteres.

¿Cuáles serían, entonces, las consecuencias de establecerla como principio?

La necesidad de texto expreso que se aparte de él y deje como regla otro medio de selección del co-contratante. Esto coincidiría con el imperativo de la “libertad

formal” propia del acto administrativo. Lo que sucedería, tal como advirtió GASTÓN JÈZE, citado por MARIENHOFF, “en los casos en los cuales los textos requieren la licitación para los contratos del Estado, son tan numerosos que ello hizo incurrir en error acerca de la regla de la misma”³⁷.

Como ya ha quedado en evidencia, en el *derecho positivo*, lo común es que la Administración se vea constreñida a utilizar algún medio de selección que ofrezca mínimas garantías de transparencia e igualdad de trato entre los posibles oferentes, los cuales conllevan una elección “automática” del mismo, o bien imponen criterios que, por una u otra razón, significan una restricción a la libertad de elección. Consecuentemente, cualquier procedimiento que intente representar una restricción a la “libre elección” del cocontratante por parte de la Administración Pública, será improcedente si no es una norma válida la que los exija como requisito de la respectiva contratación.

Más aún, y en concordancia con lo dicho, si una contratación no ha seguido el procedimiento licitatorio (o cualquier otro distinto a la libre elección) sólo podrá ser declarada nula si había una ley que se lo exigía³⁸, de lo contrario, la Administración estará obrando conforme al principio aquí sentado. Además, toda norma que establezca una desvirtuación del sistema de la libre elección, deberá ser interpretada estricta y restrictivamente y de modo alguno de manera extensiva o ampliativa.

MARIENHOFF, abunda en este principio cuando trata el tema de la licitación ya que, interpretando lo expuesto anteriormente *a contrario sensu*, podremos identificar claramente cuándo es obligatoria la misma. Así, cuando en su tratado analiza la licitación pública, además de confirmar el principio de la libre elección y la necesidad de que haya una norma expresa que requiera la licitación pública para que ésta sea obligatoria agrega otro concepto muy interesante: el de la licitación como requisito “*natural*” pero no “*esencial*” ni “*implícito*”. Es decir, no existiendo tal requisito, un

³⁷JÈZE GASTÓN “Principios Generales del Dcho. Administrativo” traducción del francés edición De Palma, tomo 4º pg 77

³⁸ En el fallo ya mencionado “MERIDIANO S.C.A. C/ ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTO”, se ha realizado esta misma interpretación: “Podrá discutirse en doctrina si el principio que debe regirlas contrataciones del Estado es la licitación pública o la libre contratación, pero en función jurisdiccional, ante la tacha de nulidad del acto administrativo por vicio de forma, a la falta de norma expresa que exija la licitación pública para elegir al cocontratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal debe estar por la validez del acto” (considerando nº 9 in fine). En igual sentido: Corte Suprema, “Fallos”, tomo 311, páginas 2392-93; además, sentencia del 2-IX-89, in re “CÍA.ARGENTINA DE ESTIBA Y ALMACENAJE S.A. C/ ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS”, considerandos 7 y 8, en “El Derecho”, 30 de abril de 1990.

contrato puede celebrarse válidamente sin una la realización de la licitación pública, pero si la norma lo exigiere, su inobservancia viciaría el contrato pertinente.

El principio, entonces sería el de la libre elección del cocontratante, en concordancia con el principio de “libertad formal” del acto administrativo. Éstos sólo serán formales cuando la norma les imponga una determinada forma. Por deducción, siendo la licitación uno de los aspectos de la “forma” de un acto-contrato administrativo, ésta deberá estar expresa.

COMADIRA, analizando esta teoría, sostiene que MARIENHOFF precisó y sistematizó los fundamentos de su opinión antes de la reforma constitucional de 1994. En la vieja Carta Magna, si el artículo 86 inc. 1 atribuía al presidente de la Nación la administración general del país³⁹, le estaba atribuyendo, entre tantas otras funciones, la de la contratación administrativa. Como no había exigencia alguna respecto de cómo debía desarrollarse, no se podía sino inferir que el PE tenía amplia libertad para elegir al contratante.

En la actualidad, y con este mismo criterio, el fundamento estaría en los ARTS. 99 INC. 1 Y 100 INC. 1, y los casos que impliquen algún procedimiento de selección especial deberán estar explicitados por la ley.

3.1.1.1- La distinción entre el régimen “jurídico” y el régimen “legal” como clave para diferenciar principios de excepciones

Algunos tratadistas manifiestan que, de acuerdo al derecho vigente de sus países, la licitación pública constituye el principio. Por ejemplo, DROMI, en la segunda edición de su obra titulada Licitación Pública, advierte que las normas reguladoras de la contratación administrativa, tanto nacionales como provinciales, han convertido a la libre elección en una excepción con carácter residual. También CASSAGNE es conteste con esta opinión, y en su artículo sobre la igualdad en la contratación administrativa (*Cuestiones de derecho administrativo*, Buenos Aires 1987, p. 98) y, más actual en el tiempo, en *El Contrato Administrativo*), ha expresado su idea de considerar la licitación pública como regla de selección del contratista estatal⁴⁰.

³⁹ Hoy inclusivo del Presidente y del Jefe de Gabinete de la Nación (arts. 99 inc. 1 y 100 inc. 1)

⁴⁰ Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010. pie de pág. N° 206, pág. 118.

Como bien aclara MARIENHOFF, lo que sucede es que no se distingue claramente el plano de lo “*jurídico*” del plano “*legal*”. Una cosa es el sistema legal imperante y otra, muy distinta lo que sucede en el sistema jurídico, los cuales pueden o no coincidir sin que ello genere consecuencias negativas. El sistema legal puede modificar las reglas del sistema jurídico, por medio de “*excepciones*”, pero ello no implica que éste pierda su autonomía y vigencia en la órbita científica.

Es, justamente la necesidad del texto “*expreso*” que exija la licitación, el hecho que confirma que es ésta una excepción y no una regla. La regla es, repetimos, para esta postura, la libertad formal del acto administrativo.

Otro fundamento que abona esta teoría es el de JÈZE, cuando con agudeza nos enseña que los casos en los cuales los textos establecen la licitación para los contratos del Estado, son tan numerosos que se ha podido incurrir en error acerca de la regla misma.

“La ‘*generalidad*’ o ‘*frecuencia*’ con que el derecho positivo exija la licitación como procedimiento para la celebración de contratos administrativos, en modo alguno convierte, pues, a dicha exigencia en el ‘*principio*’ o ‘*regla*’ aplicable en la especie. La licitación jamás será indispensable si una norma no la requiere, y ese requerimiento normativo constituye, precisamente, la excepción al principio de la libre elección, procedimiento este último que procederá siempre que una norma no lo prohíba, siendo innecesario que la norma lo autorice.”⁴¹

Para concluir con la exposición de la doctrina del autor en estudio, agregaremos que los “*principios*” rigen por imperio propio, tienen operatividad propia, y haremos propia una cita que él mismo realiza de JÈZE, otro de los doctrinarios que encabezan la postura de la libre elección como regla:

*“siendo el principio general el poder discrecional de la Administración para la elección del cocontratante, no cabe interpretar ampliamente los textos que derogan el principio general”*⁴².

⁴¹ MARIENHOFF, MIGUEL S. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo III A, Editorial Abeledo Perrot, 4º Edición Actualizada pág 174.

⁴² JÈZE GASTÓN “*Principios Generales del Dcho. Administrativo*” traducción del francés edición De Palma, tomo 4º

En la vereda de enfrente se encuentran autores que se inclinan por la necesidad de fijar a la LP como principio general ya que ésta es la única vía por medio de la cual se podría cumplir con los parámetros de legalidad, moralidad, conveniencia y limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos intervinientes.

3.1.2- Una Postura Superadora de las Antinomias Tradicionales

Sin embargo, existe una tercera posición, encabezada por FIORINI y MATA⁴³ que pretende analizar más allá de la LP sí o la LP no como regla, sino que busca postular a la selección misma del contratista estatal como un principio básico y fundamental de la actividad contractual del Estado. Así, la *selección o seleccionabilidad*⁴⁴ estaría compuesta por requisitos básicos como lo son la concurrencia, la correcta conducta de las partes y el carácter público del proceso y sería aplicable a la celebración de todo contrato administrativo.

Este escenario modificaría un poco el panorama actual y convertiría a la licitación pública en un medio de selección tan válido y necesario como cualquier otro, pero no le daría la preeminencia que pretenden darle otros autores.

Tal como opina COMADIRA al analizar esta hipótesis, ahora el eje de la discusión pasaría a ser la “libre elección” (excluyente de toda selección, en el sentido antes descrito) y la “seleccionabilidad”, para abandonar el clásico “licitación pública-libre elección”⁴⁵.

3.1.3- La postura de COMADIRA

pg 81. En idéntico sentido: Sayagués Laso “La licitación pública”, página 57, quien dice que “los textos legales prescribiendo el llamado a licitación en tales o cuales casos, se interpretarán en forma estricta, es decir, que no podrá limitarse la facultad de libre contratación de la Administración por simples analogías”.

⁴³ FIORINI, B. A., Decho Administrativo, tomo 1. Pie de pág de COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.

⁴⁴ FIORINI, B. A., Decho Administrativo, primera parte, La Ley, Bs. As. 1968, pág 607. (COMADIRA, pág 120). BARRA también es un sostenedor de esta postura, e incluso propuso hacerla extensiva a los entes comerciales e industriales del Estado, por medio de la supletoriedad prevista en el ART. 136 de la entonces vigente Ley de Contabilidad, en donde el ART. 55 imponía, bajo la luz de este análisis, la regla de la “seleccionabilidad” a todo tipo de contratación.

⁴⁵ Ahora bien, si ésta garantizaría el respeto de la concurrencia, el principio en la materia –ante la falta de disposición legal en contrario- debería ser la libre elección por parte de la Administración de cualquier mecanismo de selección que asegure la concurrencia de los postulantes. Esto es lo que opina MERTEHIKIAN, EDUARDO, en “*Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*”, Buenos Aires, 1997, ps 212-13.

De suma importancia resulta esta postura ya que busca conciliar lo expuesto hasta el momento y, fundamentalmente, porque es una postura *actualizada*, que tiene en consideración los estudios doctrinarios realizados por clásicos de la Administración y las normas legales vigentes a la fecha.

COMADIRA, junto con DORA PAULA WINKLER, antes de tomar posición por la libre selección o la seleccionabilidad, comienza por establecer cuáles son los valores que deben informar la actividad precontractual (o bien, el aspecto interno de formación de la voluntad de contratar de la Administración):

- ⊙ moralidad del accionar de los agentes administrativos,
- ⊙ la eficacia en la gestión del interés público y
- ⊙ la igualdad en la distribución de los fondos públicos.

Éstos serían los aspectos inobservables, el plexo axiológico superior que necesariamente debe ser respetado independientemente de cuál sea el medio utilizado para elegir al contratista. Por ello, siempre que se seleccione ya sea al contratista o al medio que se va a utilizar para ello, la moralidad en el accionar del agente, la eficacia en su gestión y la igualdad entre los proponentes debe estar presente.

Así planteadas las cosas, carecería de utilidad oponer libre elección a seleccionabilidad,

*“porque ésta sería un principio general inherente a la contratación estatal, dentro de la cual son distinguibles, como especies, la libre elección discrecional, por un lado, y los sistemas reglados de restricción a la discrecionalidad funcional, por el otro”.*⁴⁶

Si procede la libre elección, ésta tendrá como límite, tal como ya se mencionó, los principios generales del derecho, que son aquellos que contienen a la actividad discrecional para que ésta pueda ser considerada jurídica. Por el contrario, si lo aplicable son los medios de selección reglados, éstos estarán condicionados por los requisitos formales expresamente dispuestos en la normativa vigente o derivados de ella, de cuyo incumplimiento devendrá la presunción de violación de aquel marco

⁴⁶ Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010 pg 131

axiológico. Este marco axiológico, cabe aclarar, hace referencia a la moralidad, eficacia y justicia en el accionar de la Administración y deberá estar presente sea que se utilicen procedimientos administrativos prevalementemente discrecionales o reglados.

Por lo tanto, concluye el autor, no correspondería oponer la LP con la libre elección ni la libre elección con la seleccionabilidad. Es esta última, en realidad, el único y verdadero principio atendible en materia de contratación, porque con él se procura lograr una actuación administrativa moral, eficaz y respetuosa de la igualdad.

Una vez aclarada esta cuestión, y sentado el principio de la seleccionabilidad, distinto es plantearse si dentro de ésta opera la selección discrecional (libre elección) o bien, otros mecanismos que restringen la discrecionalidad, mayormente reglados.

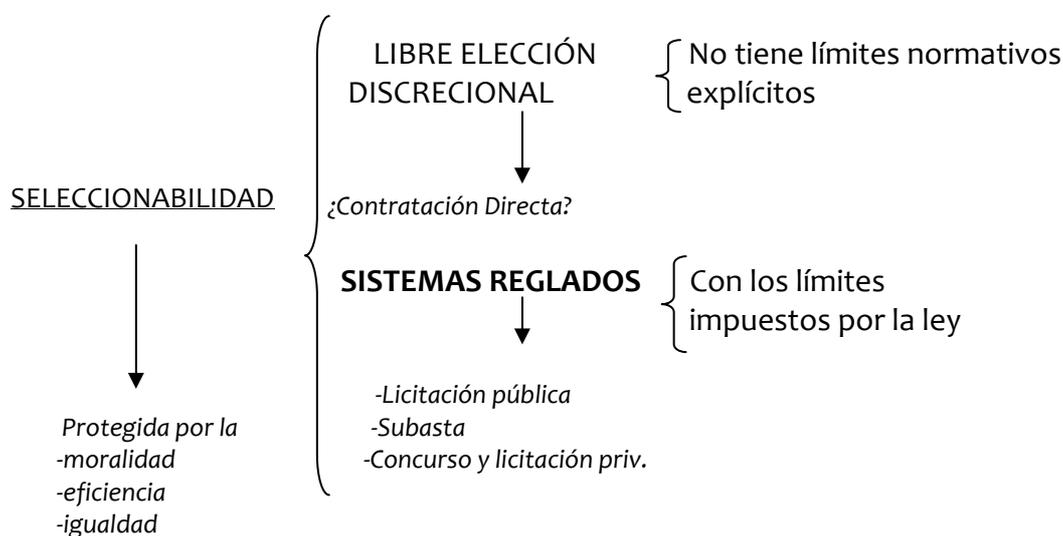


Figura 4: La seleccionabilidad inclusiva de la elección discrecional y los sistemas reglados

3.1.4- Selección Discrecional o Selección Reglada a la luz de la CONSTITUCIÓN NACIONAL

Para poder responder al interrogante planteado en el punto anterior y para que esta respuesta pueda perdurar en el tiempo, independientemente de lo que dispongan las leyes que regulen en las contrataciones o las obras públicas (que, ya veremos, difícilmente podrán oponerse) es necesario analizar las normas contenidas en la CONSTITUCIÓN NACIONAL. Desde ya vamos aclarando que, a diferencia de lo que sucede con algunas constituciones provinciales, la CARTA MAGNA carece de disposiciones que se refieran específicamente a las contrataciones y el modo en que se debe proceder ante

ellas. Sin embargo, es sabido que todos los derechos y garantías en ella consagrados deben entenderse en sentido amplio, y sólo deben admitirse aquellas limitaciones que las leyes válidas impongan. Por ende, si no hay limitaciones específicas en torno a ello, y si algún derecho de raigambre constitucional es aplicable al acto de contratación y a los potenciales contratantes, bienvenido sea.

A partir de la inteligencia general de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, se podría afirmar que el principio es la selección reglada, como único género que limita la libertad del funcionario público y lo obliga a contratar con sujeción a límites concretamente predeterminados de publicidad, concurrencia e igualdad. Este género es comprensivo de la licitación pública, el concurso público, la subasta, etc. Inclusive al leer el Preámbulo, que orienta al Estado hacia la justicia, la promoción del bienestar general e invoca la protección de Dios como fuente de razón y justicia -todo lo cual implica la búsqueda del bien común- es un claro indicio del principio que se está afirmando.

A su vez, a esta interpretación se le debe sumar un aditamento porque si bien *todos* los habitantes de la Nación están regidos por la misma CONSTITUCIÓN y tiene igual validez y exigencia para todos, sean nacionales o extranjeros, a la hora de contratar estamos hablando, por así decirlo, de un *sujeto calificado*, al cual se le añaden ciertas obligaciones específicas. Este sujeto calificado del que hablamos es la Administración Pública, lógicamente en representación del Estado, aquella al cual se la otorgado la misión de garantizar la igualdad entre todos sus administrados. De allí que la Administración no deba actuar sin asegurar de antemano, los procedimientos que amparen, por un lado, el interés público que busca alcanzar por medio de la contratación, y, por otro, el del particular privado que se encuentra en condiciones objetivas de acceder a la contratación pública⁴⁷.

Esto ha llevado a FIORINI a afirmar que “el procedimiento como supuesto formal del juicio de razón que debe realizar la actividad administrativa tiene importancia y es una garantía para el administrado, como lo es también para la misma

⁴⁷ FIORINI, hace una diferenciación con lo que sucede en el derecho privado, donde la elección del cocontratante se realiza por medio de las leyes del mercado. En cambio, el Estado se ve en la obligación de seleccionar, más allá de que “selección” no sea absolutamente identificable con “licitación pública” porque ésta es sólo uno de los medios posibles que igualmente garantizan la selección. Finalmente, el autor expresa: “Respaldan este principio la moralidad administrativa y la administración de los intereses públicos que distinguen una responsabilidad que no se consigue con las libres reglas del mercado” (Derecho Administrativo, t. I, cit., págs. 607-8).

administración⁴⁸” y nos lleva a nosotros a la conclusión de que el único medio que tiene la administración para hacer efectivo cumplimiento de los objetivos del Preámbulo es la utilización de prácticas de seleccionabilidad. Además estas prácticas sirven como garantía frente al seleccionado.

Avanzando en el estudio de la CONSTITUCIÓN y en la aplicación de sus disposiciones en el tema que nos ocupa, encontramos los artículos 99 inc. 1 y 100 inc. 1 que atribuyen la titularidad de la función estatal del ejercicio de la administración pública y su responsabilidad al Poder Ejecutivo.

Éstos son incisos muy breves y que sólo hacen referencia a facultades en general, por lo que nada dicen sobre los medios de selección. De un análisis estricto se podría inferir que la Administración no está compelida a tomar ninguna medida que garantice la seleccionabilidad.

No obstante ello, no se debe tomar este silencio como inexigibilidad porque los ordenamientos se tienen que estudiar e interpretar holísticamente, lo que hace que, al incorporar a los incisos 1º de los artículos 99 y 100 y la parte dogmática de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, se torne imperativo para la Administración la utilización de la Lp o algún otro procedimiento para elegir a su cocontratante.

3.1.4.1- Interpretar para garantizar la igualdad, ¿igualdad entre quienes?, ¿según qué criterio?

Otro de los horizontes que debe tener el intérprete a la hora de decidir si una norma, un derecho o una garantía es aplicable a un caso bajo estudio es la de la igualdad. Para ello nos es imposible olvidar la tan repetida frase de la “*igualdad entre iguales*”, la cual se ha tornado, en cierto modo justificativo para realizar múltiples fragmentaciones del “universo a igualar” y así poder hacer distinciones sin caer en inconstitucionalidad.

No obstante ello, se viene gestando desde la doctrina y jurisprudencia un nuevo concepto que es el de las “*categorías sospechosas*” que, si bien reafirma la premisa anterior, le agrega un nuevo requisito: que los parámetros que se tomen para

⁴⁸ FIORINI B. A. *Teoría Jurídica del acto administrativo*, s/e, Buenos Aires, 1969, pg. 68, en Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010 Pág. 133.

diferenciar y justificar el trato desemejante sean objetivos y libres de toda valoración subjetiva que torne sospechable esta categorización.

Las consecuencias de que algún requisito o alguna exigencia sea etiquetada como “categoría sospechosa” produce una especie de inversión de la carga probatoria: en lugar de que, en este caso el administrado deba demostrar que no es diferente, es la administración (por haber clasificado de ese modo) la que deberá justificar su proceder y criterio clasificatorio, demostrando que verdaderamente estas categorías son dignas de trato desigual.

Toda esta introducción será de utilidad para analizar si es procedente, en relación al posible contratista, la invocación del artículo 16 de la CN que garantiza la igualdad para el acceso a los empleos públicos, son otra condición que la idoneidad. Si por idoneidad, en el camino de acceso a la contratación pública, entendemos aptitud moral, técnica y hasta ideología democrática⁴⁹ como únicos requisitos para ser seleccionado contratante, no es comprensible por qué habrá que someter a la contratación pública a otro proceso discrecional y que relativiza la garantía formal de acceso igualitario al contrato público.

¿Pero, qué relación existe entre el artículo 16, la idoneidad, la igualdad y las categorías sospechosas antes mencionadas?

Entre el cargo público (cuyo acceso está garantizado en el artículo 16) y la relación contractual que se puede establecer entre la administración y, por ejemplo un proveedor, hay claras diferencias.

En un caso se habla de relación de dependencia, con vocación de perpetuidad y garantiza un vínculo indisoluble con el Estado salvo justas causas que lo justifiquen. El otro, no genera ningún tipo de vínculo perdurable más allá del propio que puede surgir de toda actividad contractual en lo que a cumplimiento del contrato se refiere.

La pregunta ahora es: ¿tienen entidad suficiente estas categorías como para sostener una distinción que implique excluir a una de ellas (la categoría de “contratados”) de tan importante y enfática garantía como la establecida en el ART. 16?

⁴⁹ Ejemplo de este requisito lo encontramos en la Carta Orgánica de Río Cuarto, cuyo artículo 6 que dispone: *PROHIBICIÓN- El Municipio no contrata los servicios de los infames traidores al orden constitucional, no les otorga concesión, explotación de los bienes municipales, ejecución de obras o prestación de servicios públicos, ni puede integrarlos en sociedades del estado.*

Sería momento de replantearse esta distinción pues en caso contrario, tal como ejemplifica sarcásticamente COMADIRA, se llegaría al absurdo siguiente:

“Si el ART. 16 de la ley suprema no tuviera la amplitud a la cual nos referimos, el derecho a trabajar y de ejercer toda industria lícita, reconocido por el ART. 14 debería ser completado con la aclaración de que se lo consagra “salvo que se trate de establecer una vinculación sin relación de dependencia con el Estado⁵⁰”.

La cláusula constitucional comentada tiene vocación expansiva lo suficientemente fuerte como para trascender el limitado campo de la relación funcionario público-Estado y abarcar, por ende, toda clase de contratación con el Estado.

A esta interpretación, que no es lineal ni se deriva a simple vista del análisis de la CONSTITUCIÓN, pero que tampoco pretende desvirtuar o forzar el texto constitucional, se le puede agregar fuerza con los siguientes fundamentos:

- ⊙ A partir de la reforma de 1994, el artículo **75 inc. 23** encomienda a los Congresos “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta CONSTITUCIÓN y por los tratados internacionales vigentes sobre derecho humanos...”.
- ⊙ El mandato constitucional de artículo **42**, segundo párrafo, que obliga a las autoridades a proveer a “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”. *“¿no se está dejando inerte a quien no se le permite competir?, ¿no se está distorsionando el mercado si se acepta que, como regla, la Administración seleccione discrecionalmente a quien ha de ser su cocontratante, ante la mirada impotente de los restantes interesados, a los cuales no se les permite hacer llegar sus propuestas?”⁵¹.*

⁵⁰ Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pg. 135

⁵¹ Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pg. 136

- ⊙ **La Convención Interamericana Contra la Corrupción**, aprobada por ley 24.759, que permite que en nuestro país se pueda afirmar, con rango supralegal la vigencia de la publicidad para los sistemas de contratación de funcionarios públicos y de adquisición de bienes y de servicios por parte del Estado.
- ⊙ **La Ley de Ética Pública**, que incorpora a este plexo axiológico los principios de publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad.
- ⊙ No se puede dejar de incluir al artículo **75 inc. 22**, que refuerza lo dicho hasta ahora al incorporar la *Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre*, la *Declaración Universal de Derecho Humanos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Las conclusiones que se podrían extraer de toda la normativa vigente en relación a la necesidad imperiosa de que la administración utilice algún medio de selección parten de una premisa básica: la discrecionalidad administrativa tiene como límite inherente su propia concepción sobre los principios y garantías tutelados por la CONSTITUCIÓN. Sin embargo, ni los principios ni las garantías estarán cubiertos absolutamente en la medida en que la Administración no esté obligada a dar carácter formal, público y reglado a su accionar selectivo.

Todo requerimiento caería en saco roto si como principio no se impone un procedimiento reglado, sentado sobre las bases de igualdad y publicidad con garantía de libre concurrencia.

LINARES QUINTANA, en su tratado, nos ayuda a extraer otra conclusión:

“el requisito de la idoneidad, por oposición al favoritismo, además de constituir una exigencia constitucional, se considera como calidad esencial de eficacia administrativa en la ciencia de la administración. Desde el ángulo administrativo, la idoneidad consiste no sólo la idoneidad

técnica –aptitud profesional, intelectual, técnica, en suma, para el desempeño del cargo- sino también idoneidad moral.⁵²”

Con todo lo dicho hasta aquí, ¿se puede seguir dudando sobre cuál debería ser el principio rector en materia de selección? ¿Se puede creer, todavía, que la libre elección satisface las exigencias constitucionales, supralegales y legales?

Cae por su propio peso que es bastante insuficiente la libre elección como medio principal y que sólo le quepa un rol subsidiario que no hace más que ser la excepción que confirma la regla y que procede ante pautas objetivas y razonables como la urgencia o el fracaso de una licitación pública, por ejemplo.

Por lo tanto, la LP u otros procedimientos equiparables en grado de seleccionabilidad, deberían imponerse como el principio. Lógico que tampoco serán éstos la cura a todos los males de arbitrariedad o discreción que sufre la Administración, porque incluso por estas vías pueden consumarse contrataciones organizadas en perjuicio del interés público y de las garantías constitucionales en juego. Sin embargo, el carácter eminentemente formal del procedimiento licitatorio dificulta seriamente la arbitrariedad y, si ésta llegara a salir a la luz sería una evidencia injustificable.

Por ello se dice que los *formalismos*, junto con el efecto disuasivo que ellos implican son, en una República, aliados inseparables de la transparencia.

3.1.4.2- Pauta valorativa para el dictado de leyes y su posible inconstitucionalidad

Lo hasta aquí expresado no permite asegurar, sin temor a caer en exageraciones, que una ley que disponga como pauta general de contratación la libre elección del contratante podría ser tachada de inconstitucionalidad. Lógicamente que no se hace referencia a una excepción, que de hecho deben existir aquellas que permitan, por ejemplo la contratación directa, sino a aquellas leyes que se aparten totalmente de las disposiciones constitucionales (que, como ya se dijo anteriormente,

⁵² Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010 pg. 137

si bien no son expresas, surgen sencillamente del análisis integral de la Ley fundamental) que aseguran la igualdad.

Frente a esto, una norma legal con estas características podría ser incluso inaplicada por el órgano administrativo, el cual, si bien no tiene la facultad de declarar inconstitucional una ley o norma, si puede abstenerse de aplicarla en un caso concreto por así considerarla.

La sanción que le correspondería a las contrataciones realizadas en virtud de estas normas que no garanticen el debido procedimiento de selección es la de la nulidad absoluta y el vicio se hallaría en lo dispuesto en los arts. 7 inc. d de la LNPA (que establece como requisito esencial del acto administrativo el cumplimiento de los requisitos esenciales y sustanciales previstos y los que resultan implícitos del ordenamiento jurídico) y 14 inc. b), donde se considera nulo, de nulidad absoluta e insanable el acto dictado en violación a las formas esenciales.

4.1.4.3- Distintos modos de interpretar e integrar el orden jurídico según quién lo realice: El tema que nos ocupa aquí, ha sido extraído, fundamentalmente del libro del Dr. Sesín titulado Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica⁵³, en donde se busca dejar en claro el diferente rol que cumple el juez y el administrador a la hora de integrar e interpretar el derecho. El agregado que inserta cada poder no es siempre el mismo. El administrador tiene la función de realizar un juicio objetivo el cual, junto con las valoraciones subjetivas del caso relacionadas con la oportunidad o convivencia determinaran la juridicidad de su accionar. En cambio, el juez sólo puede trabajar con y sobre los elementos que le proporciona el derecho, buscando la justicia en el caso concreto, a él le preocupa, fundamentalmente, la aplicación y el mantenimiento del derecho, mientras que al administrador lo mueve el “accionar práctico y continuo de la organización” en pro del interés público.

Dentro de esta idea de movimiento, actuación y creación permanente, podemos encontrar a un administrador no sólo interpretando, sino creando derecho. El administrador integra creativamente con valoración de oportunidad y conveniencia,

⁵³ Cfr. SESÍN DOMINGO J, “Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial”, Ediciones Depalma, Córdoba, 1994, pág. 208 y ss.

el administrador obra a *discreción*, mientras que el juez sólo *interpreta en sentido amplio*.

4.1.5- Quid del silencio de la ley

Inclinarse hacia uno u otro lado es importante porque según él variarán las interpretaciones que se realicen a la hora de aplicar una ley o de llenar una laguna del derecho. De este modo, si la regla general, dentro del universo de la seleccionabilidad antes explicada, es la libre elección deberá considerarse de modo restrictivo el artículo que disponga la licitación pública para todo contrato, por ejemplo, considerando excluidos de dicha excepción a los contratos no enumerados en el ART. 4º del DECRETO 1023/2001.

En el sentido opuesto, si lo que se establece como regla es la licitación pública, no se dudará en reconocer al citado artículo carácter netamente enunciativo y totalmente aplicable a los contratos que no están allí enunciados.

Otro supuesto es el del silencio de la ley⁵⁴, y están quienes piensan que se debe estar por la exigencia de la licitación en virtud de lo expuesto antes. MARIENHOFF juzga improcedente esta opinión porque ello implicaría la derogación de dos principios básicos de esta materia:

- a) El de la libertad formal del acto administrativo;
- b) El de la libertad o discrecionalidad de la Administración Pública para seleccionar o elegir a su contratante.

Para poder quebrantar dichos principios sería necesario un texto expreso, por lo que no basta con un mero silencio u omisión legal.

3.1.6- Conclusión Personal

Si bien al introducir la opinión de MARIENHOFF se dijo que era un posición particular ya que incluía, como sistema estatuido como regla para la selección de los co-contratantes a la “libre elección”, mientras que otros autores apenas si lo

⁵⁴ ALCIDES GRECA, “La licitación y el privilegio de los contratos administrativos” pág. 9, Santa Fe, 1941. En MARIENHOFF, MIGUEL S. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo III A, Editorial Abeledo Perrot, 4º Edición Actualizada.-

nombraban, a poco de adentrarse en el tema se puede advertir que esta teoría tiene su razón de ser.

Lo que nos propone MARIENHOFF es hacer un estudio más profundo, y analizar cuales son los principios “*jurídicos*” que rigen este tema, los cuales, tal como se encarga de aclarar, no deben ser confundidos con los principios “*legales*”. Es justamente allí donde se encuentran las diferencias con autores tales como DROMI, que no dejan lugar a dudas de que el principio para la contratación es “la licitación pública”. Ellos están asentando una regla desde el *derecho positivo vigente* y no se encargan de analizar si ésta es conteste con los fundamentos jurídicos o científicos sobre el tema, misión que sí encara MARIENHOFF, quien concluye diciendo que “*jurídicamente*” hablando impera la “libre elección” mientras que en el plano legal manda la licitación pública.

En conclusión, ambos extremos son compatibles entre sí e incluso se deben complementar armónicamente para poder tener una idea completa respecto de este tema.

Verbigracia, si el intérprete o juzgador se encuentra frente a un vacío legal y debe decidir si declara nulo el contrato por no haberse realizado una contratación directa –o, en términos de MARIENHOFF, vía elección libre- en virtud lo establecido por Régimen Nacional de Contrataciones, sería conveniente que se remita a los postulados jurídicos que bregan por la “libertad de formas” tanto de los contratos como de los actos administrativos en general.

Por el contrario, viciada estaría una contratación que pretenda quedar excluida de los casos en que efectivamente es necesaria una licitación pública y que se haya resuelto por libre elección, ya que, obviamente, ahí caerá todo el peso de la ley y será inevitable exigirle la “licitación pública”.

Sin embargo, la doctrina ha avanzado y se puede encontrar a otro autor que también se ha encargado de estudiar *jurídicamente* cuál es el principio en materia de selección del contratante. Este jurista es COMADIRA y, utilizando como fundamentos los horizontes que guían el actuar de la administración pública y la actual CONSTITUCIÓN NACIONAL (la cual, si bien forma parte del ordenamiento jurídico vigente está más allá del análisis netamente legal y variable que toman como punto de partida los otros

autores *legalistas* citados), es capaz de rebatir con fuerza y argumentos suficientes la ya desactualizada postura de MARIENHOFF.

3.2- b) Legislación Vigente

La reglamentación que se encarga de determinar cuándo procede la LP, la CD u otro medio de selección a nivel Nacional, Provincial y Municipal será estudiada con detenimiento en el Cap. 3 de esta obra. Por eso ahora sólo se hará mención de aquellos aspectos que nos ayuden a discernir sobre el dilema que se ha planteado sobre la seleccionabilidad como principio.

El DECRETO nacional 1023/2001, en su artículo 23 determina que la selección del cocontratante, en lo que a los contratos que él regula se refiere, deberá realizarse por LP o CP según corresponda, siendo procedentes la subasta pública, licitación o concurso privado y la contratación directa de modo excepcional y sólo en los casos previstos en el ART. 25. Actualmente la licitación o concurso privado procede en función del monto que tenga la contratación, mientras que la contratación directa lo hace en función del monto y de otras características particulares.⁵⁵

Este DECRETO también ha modificado la Ley de Obras Públicas (13.064), ya que propone reemplazar los términos “remate” y “subasta” por “licitación pública”.

Por su parte, el Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur establece que la Lp o la CD serán procedentes según lo estrictamente establecido en dicho Protocolo y atendiendo a las definiciones que se encuentran en el glosario aprobado por la res. 55/2004 del Consejo del Mercado Común.

3.2.1- Derecho Comparado

En el derecho comparado también existen diferencias en torno al tema abordado. Por ejemplo, entre los países que establecen constitucionalmente la LP se encuentran México que establece que “las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de

⁵⁵ Anteriormente, la Ley de Contabilidad Nacional establecía en el ART. 55, que “toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros, se hará por regla general previa licitación pública.”

licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”. Las excepciones genéricas a este artículo también están previstas:

“cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no son idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad, honradez y que aseguren las mejores condiciones para el Estado”⁵⁶.

La CONSTITUCIÓN Política de la República de Panamá⁵⁷ también sienta el principio de la LP en el artículo 263: “la ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la ley, mediante LP”. En un segundo párrafo agrega que “la ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”⁵⁸.

Continuando con los países centroamericanos la CONSTITUCIÓN Política de la República del Salvador, al decir que

“Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación públicas, excepto en los casos determinados por la ley” (ART. 234⁵⁹).

Se añade, por último el caso de Honduras, que afirma en su artículo 360 “los contratos que el Estado celebre para la ejecución de obras públicas, adquisición de

⁵⁶ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> - COMADIRA, op. Cit. pág 127

⁵⁷ <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/panama1972.html>

⁵⁸ Ver CEDEÑO ALVARADO, ERNESTO, La contratación pública en Panamá, Panamá.2001, pág 31 y ss. en COMADIRA, op Cit pág 127.

⁵⁹ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0133.pdf>

suministros y servicios, de compra-venta o arrendamiento de bienes, deberán ejecutarse previa licitación, concurso o subasta, de conformidad con la ley”⁶⁰, previendo la excepción frente a los contratos que tengan por objeto proveer a las necesidades ocasionadas por un estado de emergencia o aquellos que no puedan celebrarse sino con persona determinada.

Ya en América del Sur, nos encontramos con la CONSTITUCIÓN brasilera⁶¹, que también se encarga de tornar abstracta respecto de cuál es la regla en materia de contrataciones:

“salvo los casos previstos en la legislación, las obras, servicios, compras y ventas serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, manteniéndolas efectivas de la propuesta en los términos de la Ley, la cual solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones”.⁶²

Se suman a esta lista de países que prevén constitucional o legislativamente por medio de disposiciones bastante similares la licitación pública como regla general, Perú, Chile y Uruguay.

En Paraguay el principio está asentado desde la doctrina, la cual tiene dicho que

“no caben dudas que el procedimiento de licitación es obligatorio y no facultativo para la administración. No puede prescindirse del procedimiento sino cuando la ley lo exprese. No es conveniente dejar al ‘capricho’ de la autoridad decidir cuándo debe llamarse a licitación y cuándo no. Su conducta debe estar categóricamente tasada y mensurada por la ley”.⁶³

⁶⁰ http://www.honduras.net/honduras_constitution2.html

⁶¹ <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>

⁶² Ver FERREIRA DE OLIVEIRA, IVO, *Diligências nas licitações públicas*, JM Editora, Curitiba, 2001 páginas 25 y ss; CITADINI ANTONIO R, *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de licitações públicas*, segunda edición actualizada y ampliada Max Limonad, San Pablo, 1997, páginas 22 y ss; en COMADIRA, op. cit. página 128.

⁶³ CHASE PLATE L., “Los Procedimientos de Selección de Contratistas en el Mercosur”, actualidad en el dcho. Público n° 7, Ad-Hoc, Bs.As. 1998 en COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La Licitación Pública*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010 pág 127.

3.2.2- Derecho Constitucional Provincial

Independientemente de que nuestra CONSTITUCIÓN NACIONAL haya incurrido en la omisión de establecer la obligatoriedad de la licitación pública frente a alguna compra, venta, arrendamiento u obra pública, muchas constituciones provinciales con la intención de restringir más la libertad de sus funcionarios sí lo han especificado.

Por ejemplo,

- ⊙ **Catamarca:** “toda enajenación de bienes de la provincia, compras, suministros y demás contratos realizados por la misma, se harán mediante subasta o licitación pública bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los funcionarios que autoricen, ejecuten o consientan la transgresión de estas normas (...)”. ART. 164
- ⊙ **Chaco:** “toda adquisición o enajenación de bienes provinciales o municipales, contratación de obras o servicios y cualquier otra celebrada por la provincia o los municipios con personas privadas, y que sean susceptibles de subasta o licitación pública deberán hacerse en estas formas, bajo sanción de nulidad y sin perjuicios de las responsabilidades emergentes. Por ley u ordenanza en su caso se establecerán las excepciones a este principio”. ART. 67
- ⊙ **Entre Ríos:** “toda enajenación de los bienes del fisco o del municipio, compras y demás contratos susceptibles de licitación se harán de esta forma y de un modo público, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades emergentes”. ART. 44
- ⊙ **Jujuy:** “contrataciones del Estado: la enajenación de bienes del Estado, las compras que este efectúe y los demás contratos que celebre, se formalizarán en subasta pública o previa licitación pública bajo pena de nulidad con excepción de los casos que la ley determina”. ART. 72

Se suman a la lista las constituciones de Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Tierra del Fuego y Tucumán.

Como muchas veces ha sucedido en la provincia de Córdoba, la CONSTITUCIÓN PROVINCIAL es avanzada y más amplia que otras constituciones provinciales e

incluso la NACIONAL, al punto tal que, modificaciones introducidas en la carta provincial han inducido a reformas nacionales.

En materia de contrataciones, esta no es la excepción ya que el artículo 74 supera la ya analizada distinción *licitación pública-contratación directa* y parece adherir a la postura de COMADIRA al utilizar el preciso término “procedimiento de selección”, abarcador de L.P., C.P., y otros. De esta manera está redactado el artículo referido: “La enajenación de los bienes de la provincia o de los municipios se hace en los términos que determinen las leyes u ordenanzas. Toda contratación del Estado provincial o de los municipios se efectúa según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección.”

A su vez, existen múltiples disposiciones que, interpretadas en sentido amplio tal como se hizo en el estudio de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, permiten asegurar que cualquier medio que garantice la igualdad, publicidad y libre concurrencia de aspirantes, es preferible frente a aquellos en los cuales predomine la arbitrariedad.

Entre estas normas podemos enumerar al artículo 9 que establece que el Estado provincial promueve las condiciones para hacer real y efectiva la plena participación política, *económica*, social y cultural de todas las personas y asociaciones. Además, el artículo siguiente garantiza la iniciativa privada y toda actividad económica lícita tratando de armonizar los derechos de las personas con los de la comunidad. Lo dispuesto para la publicidad de los actos del Estado, especialmente los que se relacionan con la renta y los bienes pertenecientes al Estado provincial y municipal es de importancia también.

En la sección II, donde establece los derechos, incluye a la libertad e igualdad de oportunidades para todas las personas que habiten la provincia.

Como contrapartida, en la sección III denominada “deberes” en el ARTÍCULO 38 INCISO 4º, obliga a los cordobeses a resguardar y proteger los intereses y el patrimonio cultural y material de la nación, de la provincia y de los municipios.

Otra disposición de trascendencia podemos encontrar en el ARTÍCULO 67 denominado “principios económicos”, cuyo tercer párrafo afirma que “los beneficios del crecimiento (económico) son distribuidos equitativa y solidariamente”. Renglón seguido, reconoce y garantiza la libre iniciativa privada con sanción a los monopolios, la usura y la especulación. Dentro del mismo capítulo y bajo el título *planeamiento* se

establece que el Estado provincial elabora planes en los que promueve la participación de los sectores económicos interesados.

Por último, y para coronar este análisis y así no dejar margen de dudas respecto de que la CONSTITUCIÓN provincial prefiere a los medios de selección, nos encontramos con el ARTÍCULO 174 que fija los principios a los cuales debe ajustarse la Administración Pública para satisfacer las necesidades de la comunidad: eficiencia, economicidad y oportunidad. Para ello, busca armonizar los principios de centralización normativa, descentralización territorial, desconcentración operativa, jerarquía, coordinación, imparcialidad, sujeción al orden jurídico (superior al principio de legalidad) y publicidad de normas y actos. Así, estableciendo una determinada finalidad y los modos en base a los cuales se podrá lograr, se deja en claro hacia donde se quiere y se debe orientar la labor administrativa.

3.3- c) La Jurisprudencia

Si bien la jurisprudencia que vamos a citar está sólo referida a la LP y a su exigibilidad legal, ésta debería ser extendida, según el juicio de COMADIRA, a todo supuesto en el cual, sin una justificación razonable, la Administración elija arbitrariamente a su contratante.

Múltiples tribunales se han inclinado por la nulidad de las contrataciones realizadas con la omisión de la LP cuando ella está exigida por una norma expresa. Así, por ejemplo, la CSJN en las causas “PFIZER ARGENTINA S.A.C. E I. C/ PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO SOBRE COBRO DE PESOS”, 15/3/1967, fallos 267:162, especialmente en el considerando 4, “NACIÓN ARGENTINA C/ ALOU HERMANOS”⁶⁴ y “STAMEI”⁶⁵. También fue declarada la nulidad en aquellos casos en los cuales, si bien hubo LP ésta no fue transparente, como por ejemplo “ARROL BROTHERS”⁶⁶.

3.3.1- El fallo “OCA SA contra SIDE”⁶⁷ y la jurisprudencia sentada por la CSJN

⁶⁴ “NACIÓN ARGENTINA CONTRA ALOU HERMANOS” CSJN 19/02/1976, fallos 294:69 en COMADIRA op cit. pág 240.

⁶⁵ STAMEI SRL CONTRA UBA, 17/11/1987, fallos 310:2278 en COMADIRA op cit. pág 143.

⁶⁶ ARROL BROTHERS LTD. CONTRA LA PROVINCIA DE BS. AS. S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, 30/12/1902, fallos 9720 en COMADIRA op cit pág 143.

⁶⁷ “S.A. SOCIEDAD COORDINADORA ARGENTINA C. SECRETARÍA DE INTELIGENCIA DEL ESTADO”, 17/2/1998, fallos 321:174.

De especial importancia resulta el análisis del fallo Organización Coordinadora Argentina S.A. contra Secretaría de Inteligencia del Estado, dictado el 17 de febrero de 1998 por nuestra Corte en el sentido de que nos permite refrescar ciertos aspectos clásicos de la doctrina administrativa y toma postura respecto de otros más novedosos e igualmente controvertidos.

Los hechos pueden ser resumidos brevemente así: la empresa actora (OCA S.A) se encontraba vinculada con el Estado mediante un contrato de transporte de valijas postales con documentación confidencial. En un primer momento, la empresa postal solicitó la actualización y recomposición del precio del contrato ya que la cláusula que preveía su reajuste les resultaba insuficiente. No obstante ello, luego, desistió de su pedido y propuso una prórroga de aquel contrato originario pero con un precio básico que significaba el 858% de aumento respecto del anterior.

A partir de este fallo, cuya lectura completa y detenida se recomienda, el Dr. COMADIRA, ha publicado un artículo denominado *“La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento”*⁶⁸ y extrajo las siguientes conclusiones:

- Aspectos generales del derecho administrativo: aquí, el Tribunal se adapta a la tradicional jurisprudencia sobre la aplicación de las disposiciones del derecho civil relativas a las nulidades de los actos jurídicos. Una vez más el Tribunal sostiene que, en caso de ser aplicable la ley administrativa hay que estar a ella, y evitar recurrir a figuras del derecho civil, como sería en este caso la lesión del art. 954 del CC como pretendía se hacer. Por lo tanto, la validez del acto de prórroga y de su revocación debe analizarse bajo la luz de la ley 19.549 (considerando 5º in fine).
- La relativización de la autonomía de la voluntad: al tratar este punto, la Corte enseña que aquí el principio privado de la autonomía de la voluntad y la teoría de los actos propios debe ceder en virtud de la

⁶⁸ Cfr. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *“La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento”*, ED 177-749.

prevalencia de otro principio que nunca puede ser desoído por el actuar estatal: la legalidad administrativa.

- El principio de legalidad y el secreto de la contratación: una vez más aquí, en busca del cumplimiento del principio de juridicidad, la CSJN sostiene que, en casos como el *sub examine* donde ha habido contratación directa mayor es la obligación de justificar adecuadamente la relación existente entre el precio de los bienes o servicios contratados y los de plaza. En caso de haber notables diferencias habrá que justificar la elección, más aún cuando se trate de contrataciones realizadas directamente por necesidades de reserva. La Corte, acertadamente, tiene dicho que el secreto no implica un accionar excluido de la legalidad, ya que ésta exige la debida fundamentación fáctico-jurídica y el respeto de la tésis determinante de las competencias asignadas (considerando 8º 2º párr.). Así, tanto causa con fin del acto jurídico son evaluados incluso en el accionar del Estado amparado por el secreto. Coherentemente, resulta viciada una contratación realizada con ánimo de liberalidad y que pierde de vista la conveniencia y razonabilidad en el precio.
- La irregularidad del contrato y su revocación en sede administrativa: el pensamiento lógico que realiza el Supremo Tribunal lleva a inferir válidamente que el contrato prorrogado es irregular por lo que susceptible de ser revocado en sede administrativa. Aún sabiendo que el contrato estaba en cumplimiento, la potestad revocatoria de la Administración es procedente en virtud del art. 17 párr. 2º de la LNPA ya que la Administración declaró la lesividad en y solicitó la declaración judicial de nulidad por vía de reconvención. El juez no podría evitar el tratamiento de la revocación siendo que la nulidad ya ha quedado manifiesta.

Concordantemente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba analiza la buena fe en el cumplimiento de un contrato y el principio de los actos propios desde el punto de vista de los particulares. Ha sostenido que: “es a todas luces inadmisibles que un litigante pretenda fundamentar su acción aportando hechos y razones de derecho que

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y
¿Regla en la Práctica?

contravengan sus propios actos, es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con una anterior conducta deliberada, vinculante, eficaz y válida que condiciona su pretensión. No puede ejercerse una pretensión jurídica manifiestamente contradictoria e incompatible”⁶⁹.

⁶⁹ Tribunal Superior de Justicia Sala Contencioso-administrativa en autos “COPYC SACICCIFAM CONTRA EPEC – Cont. Adm. Plena jurisdicción. Recurso de casación”. Sentencia número 26/27/2001.

De esta sentencia se deriva que:

- El principio de buena fe objetiva despliega su eficacia en el ámbito del contrato administrativo, por lo que es imperativo tener presente tanto el papel rector que desempeña, como la importancia que exhiben sus directivas.
- Es dable exigir a los contratistas un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta.
- Es inadmisibles que un litigante pretenda fundamentar su acción aportando razones de hecho y de derecho que contravengan sus propios actos.⁷⁰

⁷⁰ Cfr. Sciacca Fabiana Josefa, “El Principio General de la Buena Fe y la Teoría de los Actos Propios”. Foro de Córdoba, suplemento de derecho administrativo y constitucional, año 2, N° 6, 2001, pág. 125.

CAPÍTULO 3

CONTRATACIÓN DIRECTA

4.1- Contratación Directa: concepto

4.2- ¿Cuándo es procedente la contratación directa?

4.2.1- Supuestos Legales

4.3- Caracteres

4.4- Diferencias con otros medios de selección

4.5- Análisis Comparativo del Régimen de Contrataciones de la

Administración Nacional (RCAN- Decreto 1023/02)

Ley Provincial de Contabilidad (Ley N° 7631)

y Sistema de Contrataciones de Bienes, Obras y Servicios del Estado Municipal (Ordenanza 835/94)



4- Capítulo 3

Contratación Directa

Si bien resulta de suma importancia conocer todos los procedimientos con los que cuenta la Administración para seleccionar a la otra parte de la contratación, para poder compararlos y conocer las ventajas y desventajas que presentan, su estudio excedería ampliamente los límites de esta obra, cuyo objetivo es desarrollar la contratación directa.

Considero oportuno realizar aquí, si se quiere, una justificación de la elección de la “contratación directa” como tema central ya que, tanto normativa, como doctrinaria y jurisprudencialmente es el menos desarrollado.

Como se pudo haber observado hasta aquí CONSTITUCIONES, LEYES, DECRETOS que regulan directa o indirectamente las formas de contratar ponen el acento en la *Licitación Pública o el Concurso Público* como los paradigmas o los grandes representantes de los procedimientos de selección del contratante, al punto tal que los principios de la licitación pública se confunden con los de la contratación administrativa en general.

¿No sería más rico y con mayor contenido jurídico estudiar el instituto de la licitación pública?.

¿No es éste el principio que debe regir toda contratación y el que funciona acorde con los mandamientos republicanos y los estandartes de transparencia de la Administración?

¿Se quiere entonces, con este trabajo poner sobre el tapete la poca importancia que se le ha dado a la contratación directa, buscando revalorizarla?.

Al primer y segundo interrogante decimos que sí. Que la licitación pública sería el hijo predilecto de los administrativistas, y la contratación directa, por oposición, un mecanismo no deseado ni recomendado pero necesario por las exigencias propias del obrar de la Administración ante ciertos justificativos.

Al tercero debemos responder un rotundo no, pero ello no implica que no sea un objeto de estudio importante del derecho público. No se la quiere revalorizar desde lo jurídico, pero sí se deben profundizar sus estudios en virtud de la gran incidencia que viene desarrollando en la práctica. Al menos así lo exige la realidad, en donde se observa constantemente, y tal como quedará demostrado en la próxima sección del presente trabajo, que se realiza un uso-abuso de este mecanismo aprovechándose de la vaguedad de los términos legales. De hecho, otros títulos posibles de la presente tesis podrían ser **“la Contratación Directa: su *función* en la Legislación y su *disfunción* en la práctica”** o bien **“la Contratación Directa: su *uso* en la Legislación y su *abuso* en la práctica”**

Mientras mayores conocimientos se tengan sobre la contratación directa, mientras más se difunda este mecanismo cuya utilización se agiganta día a día, mayores herramientas se tendrán para detenerla y para ejercer el correcto control *jurídico, político y social*.

4.1- Contratación Directa: concepto

Es aquella que la Administración Pública realiza con determinado individuo o empresa, que ella ha seleccionado discrecionalmente, con la cual buscará llegar a un acuerdo sobre las bases establecidas para la contratación a realizar. Es decir, el Estado elige directamente al contratista, sin concurrencia, puja u oposición de oferentes⁷¹, aunque en algunos casos se haya establecido un mínimo de competencia (por ejemplo: “se deberán cursar invitaciones por medio fehaciente a un mínimo de 3 proveedores habituales, prestadores, productores, fabricantes, comerciantes o proveedores del rubro, ART. 18 RCEN). Es decir, en este caso, desaparece la llamada selección

⁷¹ DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, Editorial Ciudad Argentina, 4º Edición Actualizada, 1995 pág. 476. MARIENHOFF, no obstante su particular posición respecto de la contratación directa, también la trata y al respecto dice que

“la circunstancia de que, en algunos ordenamientos jurídicos –como en el reglamento nacional de las contrataciones del Estado, vigente en nuestro país_ se exija que en los casos de contrataciones directas se les solicite oferta a algunas casas del ramo (tres en el citado reglamento de las contrataciones del Estado), esto, desde el punto de vista técnico, no apareja ni determina precisamente una “puja” o “concurrencia” entre dichas casas: 1ª porque éstas no comparecen “motu proprio”, espontáneamente, haciendo su oferta en pugna con otros oferentes, sino que se ponen en contacto con la Administración Pública respondiendo a una “solicitud directa que ésta les hace; 2º aparte de ello, la propia “contratación directa” –sin necesidad de recurrir a otro medio subsidiario. También puede llevarse a cabo sin la comparecencia de esas tres casas del ramo, cuando circunstancias particulares obstaren a tal comparecencia; en este último caso simplemente “deberá dejarse constancia de las razones que impidieren proceder así”.

“automática” del contratante, como sucede, por ejemplo en la licitación pública y se abre un amplísimo mundo para que el funcionario actúe con discrecionalidad absoluta.

Sin embargo, el acto que decide la contratación directa deberá estar suficientemente motivado haciendo conocer los antecedentes de hecho y de derecho tenidos en cuenta⁷², además de la necesidad de ajustarse a los principios rectores en la materia.

También llamada “concierto directo”, “trato directo”; “trato privado”⁷³. Esta última denominación, aclara MARIENHOFF, se utiliza para diferenciarla de la selección pública del cocontratante, mediante los procedimientos tradicionales que garantizan la concurrencia de interesados en ofertar. Pero esto no significa que el “trato privado”, asimilable completamente a la contratación directa, deba ser utilizado sólo para la celebración de contratos “civiles”⁷⁴ o regulados por el “derecho común”, porque, a pesar de ser el medio de selección privado, el contrato puede ser tanto “privado” como “administrativo”. Ejemplo de esto, está en que muchas veces suele recurrirse a la contratación directa cuando ha fracasado la licitación pública respecto de un contrato típicamente administrativo.

Resumiendo, las locuciones “trato directo” o “trato privado” nada anticipan sobre el tipo de contrato que se va a celebrar ya que la calificación de “contrato administrativo” o “contrato de derecho privado” depende del objeto del contrato o de que el mismo contenga cláusulas exorbitantes expresas del derecho común y no del medio de selección del co-contratante empleado.

4.2- ¿Cuándo es procedente la contratación directa?

⁷² ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, 1º ed., Córdoba, 2005 pág. 310.

⁷³ En el derecho francés es llamada “*marchés de gré à gré*”, Rivero, “Droit Administratif”, pág. 105, en el italiano “*trattativa privata*” (Zanobini, “*corso di diritto amministrativo*”, tomo 4, página 349; Sepe “Contratto Della pubblica amministrazione” extraído de “Enciclopedia del Diritto”, pág. 153, edición especial para los estudiantes de la Universidad de Roma, Milano, 1960 y “direto” para el derecho portugués, Caetano, “Manual de derecho administrativo”, página 312, Lisboa 1965; José Cretella Junior, “Tratado de Direito Administrativo”, tomo 3, pág. 106, Río de Janeiro-San Paulo, 1967.

⁷⁴ Concepto que ya hemos aclarado, utilizado en contraposición a los contratos “administrativos” propiamente dichos.

Muchas veces, su procedencia coincide con la de la licitación privada⁷⁵, en nuestro país así ocurre en materia de construcción de obras públicas en el orden nacional⁷⁶.

Sin embargo, el DECRETO delegado 1023/01, en su ART. 24, contempla expresamente cuándo procede uno u otro medio de contratación, estableciendo como regla la licitación pública o concurso público, y como excepción la licitación o el concurso privados (en razón del monto), la subasta pública y la contratación directa (en razón del monto y otras causales), señalando manifiestamente los casos en que puede contratarse por esos procedimientos, sin prever su uso indistinto.

Ahora bien, más allá de que este DECRETO no permita un uso indistinto o subsidiario de los mecanismos de selección, no se debe olvidar que la contratación directa generalmente es una *facultad* que la Administración puede ejercer o no, por lo que nada obstaría a que, en el marco del art 25 inc. d, decida recurrir a otro procedimiento, tal como la licitación privada o el concurso privado. Pero esta interpretación no se puede hacer a la inversa, es decir, cuando el DECRETO, vía artículo 25 inc. c. contempla la licitación o concurso abreviados, no se puede utilizar la contratación directa, ya que éstos están siendo empleados como excepción.

En síntesis, cuando la Administración está autorizada a contratar directamente con su proveedor puede elegir otro medio que implique mayores garantías del procedimiento, como la licitación privada o concurso privado, pero cuando la ley la autoriza a realizar la licitación privada, ésta no puede ser sustituida por la contratación directa. Salvo cuando esté expreso, que es lo que sucede en la licitación privada fracasada (ART. 25 inc. d, RCAN).

El respecto, y para dilucidar el margen de discrecionalidad que la legislación le otorga al administrador, habrá que estar a su texto, siendo conscientes de que no siempre la expresión “podrá” implica ejercicio de una actividad plenamente discrecional, por lo que resultará esencial estar al contexto en el cual se inserta la norma.

La interpretación anterior, no es una limitación caprichosa frente al ejercicio de las facultades de la Administración, sino que se justifica plenamente si se analizan las

⁷⁵ ZANOBINI “Corso di diritto amministrativo”, tomo nº 4, pág.349 en MARIENHOFF, MIGUEL S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III A, Editorial Abeledo Perrot, 4º Edición Actualizada.-.

⁷⁶ LOP ART. 9º.

características de la contratación directa. Es decir, cuando se recurra al “trato privado” debe procederse con suma prudencia a fin de evitar que ello derive en una práctica viciosa, en una corruptela o inmoralidad administrativa. Esto implica que sólo deba hacerse uso de la contratación directa cuando los hechos así lo justifiquen ya que, cabe decirlo, no es un procedimiento reprochable en sí mismo, sino que lo que se debe reprochar es su abuso, lo que podría suceder, por ejemplo, cuando las circunstancias que rodean al caso, no lo avalen suficientemente.

“Por esto, y a fin de mantener los criterios de moralidad y de eficiencia, al uso de dicho sistema de contratación es conveniente someterlo a dos tipos de control preventivo: uno, “a priori”, vgr. Dictamen de un órgano consultivo, que aconsejaría acerca de la oportunidad y procedencia de ese sistema de contratación en el caso concreto, y otro “a posteriori”, vgr., necesidad de que el contrato sea aprobado por un órgano superior de la Administración (presidente de la República, ministro, etc.)”⁷⁷.

4.2.1- Supuestos Legales

Tal es el carácter de excepcionalidad que se le atribuye a la contratación directa, que algunos autores, como DROMI, ni siquiera le atribuyen casos de procedencia propios, sino que analizan el artículo 25 inc. d. como excepciones a la licitación pública.

Estos supuestos son:

Causa	Explicación
<u>MONTO MENOR</u>	<p>Cuando el monto del contrato no alcanza la base o el tope fijado para la realización del procedimiento licitatorio, la regulación permite apartarse de la licitación pública.</p> <p>Sin embargo, no todo <i>monto menor</i> nos habilita a la contratación directa, sino que hay casos en los que debe utilizarse la licitación privada.</p>

⁷⁷ En igual sentido: Laubadère “Traité théorique et pratique des contrats administratifs”, tomo 1º, pág. 308. En sentido concordante: Gaetano “Manual de derecho administrativo”, Cretella Junior, “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo 3 pág. 106; Mó, “Régimen Legal de las Obras Públicas”, pág. 111. Todo ello en MARIENHOFF, MIGUEL S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III A, Editorial Abeledo Perrot, 4º Edición Actualizada.-

	<p>El ART. 22 del RCEN fija los montos de la siguiente manera:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Hasta \$75.000: contratación directa.b) Entre \$75.000 y \$300.000: licitación o concurso privados.c) Más de \$300.000: licitación o concurso públicos. <p>Cabe aclarar, que estos montos sólo son atendibles en las contrataciones regidas por el RCAN, ya que la LOP no establece límites para recurrir a la contratación directa o a la licitación privada.</p>
<p><u>URGENCIA</u></p>	<p>Es ésta una causal contemplada tanto en la LOP como en el RCAN y que exige algunos presupuestos esenciales para que proceda. Es una excepción con caracteres fácticos y proveniente de circunstancias objetivas, actuales y concretas que deben ser debidamente acreditadas y fundadas en los exámenes técnicos con el debido control efectuado por la autoridad competente. Es decir, la causal de la urgencia no puede quedar sujeta a la valoración estrictamente personal del funcionario. Sea que se entienda a la urgencia como un supuesto generador de discrecionalidad o como un concepto jurídico indeterminado, es esencial su análisis objetivo y verificable con informes técnicos previos a la contratación. Así lo tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación: “la urgencia, invocada como razón de excepción al procedimiento de la licitación pública, para ser probada requiere estudios técnicos objetivos previos y serios que la califiquen como cierta” (PTN, Dictámenes, 77:265; 70:127; 77:43; 86:367; 89:260; cfr. CNCiv, Sala A, 5/12/57, LL, 93-285- CComCap 26/8/43, LL, 32-224; íd, 30*09/44, LL, 36-318).</p> <p>Un contrato celebrado con fundamento en la urgencia, sin que ésta haya sido acreditada fehacientemente adolecerá de</p>

	<p>nulidad absoluta e insanable.</p> <p>Se podría decir que es un caso en el se relativizan los fundamentos de la LP porque está en juego la satisfacción de una necesidad pública a la cual la contratación sirve sólo si es realizada con inmediatez.</p> <p>COMADIRA se pregunta si la urgencia es igualmente invocable cuando se ha incurrido en ella por la mora en el accionar del funcionario. A esto responde que, estos casos de urgencia deberán ser interpretados objetivamente, con independencia de las eventuales responsabilidades políticas, disciplinarias, patrimoniales y penalmente en las cuales se podrá hacer incurrir al funcionario moroso.</p>
<p><u>ADICIONALES</u></p>	<p>Se entiende por éstos, a los trabajos adicionales que sean complementarios o accesorios de una obra en curso de ejecución. Esta excepción sólo está prevista para poscontratos de obras públicas (ART. 9 inc. b LOP), pero no en los casos de suministro, locación y otros regulados por el RCAN.</p> <p>Para que las nuevas contrataciones sean consideradas adicionales, deben cumplir los siguientes requisitos fácticos y jurídicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) que sean <i>trabajos</i> complementarios, indispensables para la conclusión de una obra pública, independientemente del medio por el cual se la contrató. b) Que la obra está en curso de ejecución, es decir, que ya haya iniciado y que aún no se la haya concluido. c) Que los trabajos no hayan sido previstos por anterioridad, o bien, que en caso de habérselos previsto, no haya sido posible incluirlos en el

	<p>contrato por circunstancias de hecho o de derecho.</p> <p>d) Que el importe de los trabajos complementarios no exceda el importe fijado por el PEN.</p>
<p><u>RESERVA O SECRETO DE ESTADO</u></p>	<p>Estaría configurada cuando “la seguridad del Estado exija garantía especial o gran reserva” (LOP, ART. 9º, D) o cuando el PEN haya declarado secreta la operación por razones de seguridad o defensa nacional (ART. 25 in.c. d, 6, RCAN).</p> <p>Como caracteres importantes de esta excepción a la licitación privada podemos enunciar:</p> <p>a) interpretación restrictiva, como sucede con toda excepción en materia de Derecho;</p> <p>b) Las circunstancias que configuran la excepción deben fundarse en razones superiores de necesidad pública atinente a “la seguridad del Estado” y la “defensa Nacional”;</p> <p>c) Por analogía, le son aplicables los principios referidos a la “urgencia”;</p> <p>d) Acreditación mediante informes técnicos, serios y razonables de la necesidad del secreto;</p> <p>e) La declaración sobre el carácter secreto de la contratación es una facultad excepcional e indelegable del PEN (ART. 25, d, 6 RCAN);</p> <p>f) La operatoria estará sujeta a los controles establecidos Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional (LAFSC)</p>
	<p>Esta excepción podría ser asimilada a las típicas obligaciones <i>intuitu personae</i>, en donde importa primordialmente la capacidad artística, técnica o científica, la destreza o habilidad o la experiencia particular del</p>

<p><u>CAPACIDAD ESPECIAL</u></p>	<p>sujeto, en razón de que su ejecución sólo puede ser realizada por empresas, personas o artistas especializados (ART. 9 e LOP y 25 inc d 2 RCAN). Esto hace que la propia profesionalización del contratista torne imposible la realización de una licitación pública. A estas exigencias, se agrega a quienes se les encomiende la obra o trabajo sean los únicos que puedan llevarla a cabo, debiendo fundarse la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva, y la contratación deberá explicitar que el cocontratante no podrá tener relación de dependencia con el Estado (ART. 25, d, 2).</p>
<p><u>MARCA O PRIVILEGIO</u></p>	<p>Este inciso hace referencia a aquellas contrataciones que se deban hacer para ejecutar trabajos protegidos por patente o privilegio, o la adquisición de bienes cuya fabricación o venta sea exclusiva (LOP ART. 9º, ART. 25, d, 3, RCAN). Lógicamente, si son las empresas o marcas patentadas las únicas que pueden realizar esos trabajos, serán las únicas que se podrán presentar ofertas ante un llamado licitatorio.</p> <p>Los requisitos de admisibilidad de este caso son:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) que la prestación se halle amparada legalmente por marca o patente, de acuerdo con el régimen de ellas en cuanto a la exclusividad, duración, etc. Sin embargo, la marca no constituye <i>per se</i> causal de exclusividad. Esta prestación puede ser tanto una obra como un trabajo, servicio, suministro, material bibliográfico, etc. b) Que la necesidad de la Administración no pueda ser satisfecha igualmente con otros artículos, objetos o productos sustitutos no sujetos a marca o patente, porque en este caso, la justificación de la marca

	carecería de razonabilidad.
<u>MONOPOLIO</u> O <u>EXCLUSIVIDAD</u>	Se representa cuando el suministro de productos o prestación de trabajos “poseídos sólo una persona o entidad”, que lleve a cabo de hecho su fabricación, venta y explotación exclusiva. En el caso de marcas, patentes y privilegios, la exclusividad es conferida por el <i>derecho</i> que le otorga el monopolio. Sin embargo, el monopolio de <i>hecho</i> por sí solo no es suficiente para autorizar la excepción en los casos en que los objetos a adquirirse sean poseídos por personas determinadas, si carecen de título jurídico justificativo de la exclusividad (ART. 25, d, 3 RCAN).
<u>REPARACIONES</u>	Sólo procede cuando sea indispensable el desarme, traslado o examen previo para determinar la reparación necesaria de la maquinaria, vehículo, equipo y motor, y resulte más onerosa la adopción de otro procedimiento de contratación. Las otras reparaciones ordinarias, están excluidas del ámbito de aplicación de este inciso, debiendo considerarse como contrataciones ordinarias sujetas al régimen general, la única posibilidad viable para realizar la contratación directa en estos casos sería la “urgencia” del inciso 5.
<u>LICITACIÓN PÚBLICA</u> <u>DESIERTA</u>	Queda configurada cuando a una licitación pública no se ha presentado ningún oferente. Esto habilita a la administración a contratar directamente o bien a efectuar un nuevo llamado de licitación pero en este caso privado. Esta facultad solo opera en el ámbito de la LOP, pero en los contratos regulados por el RCAN solo se podrá recurrir a la contratación directa si previamente se ha realizado un segundo llamado a licitación pública en el cual se ha modificado el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y esta también haya resultado desierta. (ART. 25, d, 4)

<p><u>LICITACIÓN PÚBLICA</u> <u>FRACASADA POR</u> <u>INADMISIBILIDAD DE</u> <u>LAS OFERTAS</u></p>	<p>Esta causal de contratación directa está prevista en la LOP ART. 9, f y en el RCAN ART. 25, d, 4. En este último caso rige la misma exigencia impuesta para las Licitaciones Públicas desiertas.</p> <p>Cabe distinguir que oferta inadmisibile no es asimilable a oferta inconveniente, sino que independientemente de su conveniencia no se ajusta a los requisitos de los Pliegos y Bases de la Licitación. Sencillamente es una oferta que no ofrece lo solicitado o no lo hace en las condiciones o requisitos exigidos.</p> <p>“La oferta inadmisibile se vincula con las exigencias específicas del Pliego de Condiciones, ya que sería erróneo, en cambio, atribuir carácter de oferta inadmisibile a la que, aunque ajustada al Pliego de Condiciones, se estimara inconveniente por razones de precio, financiación, u otras circunstancias”. (PTN, dictámenes, 89:106; 77:265; 103:5; 97:395; 96:425).</p>
<p><u>LICITACIÓN PÚBLICA</u> <u>FRACASADA POR</u> <u>INCONVENIENCIA DE</u> <u>LAS OFERTAS</u></p>	<p>Se configura cuando las ofertas presentadas, son admisibles, ajustadas a las bases, cláusulas y condiciones del pliego y objeto solicitado, pero su precio o forma de financiación las vuelve inconvenientes, por lo que deben ser rechazadas.</p> <p>Se debe dejar en claro, que, no es éste un supuesto que habilite ala Administración para contratar directamente, porque de lo contrario se estarían inobservando los principios de la licitación pública.</p> <p>“Es requisito general de legitimidad de todas las contrataciones directas que se realizan luego de una licitación pública fracasada o declarada desierta, que sean sobre las mismas bases y pliegos con los cuales se ha hecho el llamado originario, pues de los contrario la</p>

	<p>Administración podría eludir el requisito de la licitación con sólo considerar inconvenientes las propuestas presentadas en el acto licitatorio para que surgiera la facultad de contratar directamente, Con mayor razón se llegaría a esa desnaturalización su se admitiera la posibilidad en tales casos de contratar directamente bajo condiciones distintas que las que rigieron la licitación, pues desaparecería así toda posibilidad de concurrencia en igualdad de condiciones que es la finalidad fundamental del régimen de contrataciones instituido por las normas vigentes". (CNFedContAdm, Sala II, 23/7/81, ED, 101-549, nº 19).</p> <p>COMADIRA es de la idea de exigir obligatoriamente el segundo llamado ante el fracaso por inconveniencia, mientras que admite que, si el fracaso se configuró por ausencia o inadmisibilidad de ofertas, este segundo llamado se haya mantenido discrecional. Agrega que el mantenimiento de las mismas bases de la LP en la CD es imperativo y no solo debería serlo en este caso sino en toda contratación que se realice, porque de este modo se estimula la transparencia administrativa.</p>
<p><u>CONTRATOS</u> <u>INTERADMINISTRATIVOS</u></p>	<p>El decr. 204 del 19 de febrero de 2004, incorpora una nueva causal de contratación directa a las ya existentes: aquellos contratos en los que el contratista de la Administración sea otro ente público nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como las empresas y sociedades en que el Estado tenga participación mayoritaria, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios críticos (de seguridad, logística o salud), en cuyo caso queda prohibida la subcontratación del objeto del contrato. (RCAN. ART. 25, d, 8).</p> <p>El mismo DECRETO, también incluye a los contratos</p>

	<p>celebrados con las Universidades Nacionales y aquellos que se celebren con los inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social⁷⁸, reciban o no financiamiento estatal. En este caso, se exige un informe previo del Ministerio de Desarrollo Social. (ART. 25, d, 10 RCAN según decr. 204/04).</p> <p>La Procuración Nacional del tesoro, justifica esta incorporación diciendo que “las contrataciones que celebran los entes estatales entre sí, constituyen una especie de las relaciones jurídicas inter-administrativas, y participan de las mismas notas típicas”, por ello, “las disposiciones que en nuestro derecho generalizan los sistemas o procedimientos restrictivos, habilitan la libre elección para las contrataciones inter-administrativas” (PTN, Dictámenes 232:254, 8/3/2000).</p> <p>Por lo tanto, en el pensamiento de, párrafo anterior, cuando el contratista sea un ente estatal nacional o un organismo provincial o municipal, sobre el objeto previsto en la norma, deben considerarse exceptuados del procedimiento licitarlo, porque es el propio Estado, por intermedio de sus órganos, agentes y entes que lo integran, el que va a ejecutar el contrato (art, 25, inc d,ap. 8 y 9, según decr. 204/04). Ante esto, sería necesario extremar las condiciones de necesidad y de especialidad del ente para que esta causal no se utilice como un medio para evadir la LP.</p>
	<p>Es éste un caso particular, que no está incluido en el Régimen Nacional pero que sí lo hacen algunas Constituciones Provinciales. Lo que se trata de lograr con esta facultas, es promover la creación de entes públicos de</p>

⁷⁸ Creado por el DECRETO 184/04.

<p><u>CONTRATOS ENTRE ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES</u></p>	<p>coordinación y cooperación para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes; estos entes estarían conformados por cooperativas prestatarias de servicios públicos, consorcios públicos, comisiones de fomento, uniones vecinales y otros entes públicos no estatales en el ejercicio subsidiario y a veces sustitutivo de competencias públicas. La libertad que se le da a estos entes para desarrollar su tarea es amplísima, pudiéndolo hacer de la forma en que lo consideren adecuado.</p>
--	--

Figura 5

Concluiremos este apartado diciendo que aún en los casos en que la Administración recurra a la contratación directa estando autorizada por los supuestos arriba mencionados, deberá darle la suficiente publicidad a la selección y motivación a la decisión, “no pudiendo actuar a hurtadillas ni arbitrariamente, pues ello podría viciar al acto de error o dolo en la elección del cocontratante, e incluso podría configurar una `desviación de poder` cuando la elección de un especialista o artista, -frente a otros especialistas o artistas notorios (...)- sólo responda al deseo de favorecer a dicho especialista o artista⁷⁹”.

En lo que respecta al control que debe realizar la sociedad sobre los actos de la administración, por ahora sólo diremos que éste es capaz de calificar a un acto como “jurídico”, en el sentido de que le otorga juridicidad, eficacia frente a terceros, si se quiere. “El proceder de los funcionarios públicos debe ser *inmaculado e insospechable*. Es de la esencia misma de las instituciones republicanas el carácter público de las actuaciones administrativas; sólo por vía de excepción se justificaría un temperamento distinto⁸⁰”.

4.3- Caracteres

Los rasgos particulares de la contratación directa son:

⁷⁹ MARIENHOFF, MIGUEL S. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo III A, Editorial Abeledo Perrot, 4º Edición Actualizada, pág 154.

⁸⁰ MARIENHOFF, MIGUEL S. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo III A, Editorial Abeledo Perrot, 4º Edición Actualizada, pág 154.

- ⊙ Carece de “automatismo” en la adjudicación: Para entender esto, es necesario remitirse al régimen de la licitación pública, el cual se caracteriza por ser un procedimiento “automático” de elección del cocontratante, en virtud de que el contrato *debe* adjudicársele a quien haya ofrecido el precio más conveniente o las mejores condiciones. Por el contrario, aquí, dicho carácter es inexistente y solo podría resultar aplicable en el caso del ART. 18 del RCEN, donde se exige que la administración envíe comunicación fehaciente a tres casas del rubro, siempre que dicha solicitud sea respondida por más de una de las casas consultadas: en tal supuesto, el contrato debe serle adjudicado a quien presente la mejor oferta. Es decir, con que sólo dos potenciales proveedores envíen sus ofertas, ya entra en juego el principio del automatismo en la selección del cocontratante, de lo contrario, carecería de sentido dicha exigencia.
- ⊙ Competencia del Estado para dirigirse libremente a quienes juzgue conveniente y solicitarles una oferta de contrato.
- ⊙ Correlativamente, competencia para rechazar la oferta de contratación directa cuando resulte inconveniente. Nuevamente, aquí el supuesto del apartado anterior opera como excepción, dado que la Administración sí se encuentra obligada a contratar, lógico que con quien presentó la mejor oferta.
- ⊙ Por último, un carácter importante de este procedimiento, que ya ha sido adelantado, es el de la “renunciabilidad” a él. Es decir, la Administración nunca estará obligada a contratar directamente, sino que la ley sólo la “facultará” a realizarlo.

4.4- Diferencias con otros medios de selección

Con la Licitación Privada: La diferencia entre una y otra forma selección del co-contratante no está precisamente en los supuestos en que cada una procede. De hecho, eso queda al arbitrio de cada ordenamiento jurídico, tal como sucede en nuestro país: la LOP, no se expresa respecto de la procedencia de la contratación directa o la licitación privada, procediendo ambas, en los mismos supuestos e indistintamente. Por su parte, el Decr. 1023/01, como ya quedó demostrado con anterioridad, sí los distingue y utiliza un criterio cuantitativo: es decir, la utilización de uno u otro medio estará supeditada al monto de la contratación.

Lógicamente, la verdadera diferencia entre cada una radica en el modo en que se llevarán a cabo y en el régimen jurídico aplicable: mientras que en la licitación privada se aplicarán por analogía y en cuanto sean compatibles con ella, las reglas y principios de la licitación pública, cuando haya que contratar con trato privado, habrá que estar a los principios y caracteres propios que ya hemos descripto.

Con la Libre Elección:

La libre elección, por ser un principio que rige la actividad administrativa, le otorga amplitud y total libertad de acción a ella, quien una vez que ha observado los requisitos previos, queda en total libertad de acción para elegir a su contratante. Por su parte, la “contratación privada”, sólo procede cuando la Administración pública haya dado cumplimiento a los requisitos exigidos por las leyes (en nuestro caso, por ejemplo, que no exceda los \$75.000, que haya habido una licitación pública desierta o inadmisibles, o que se le haya pedido ofertas a 3 empresas del rubro). No obstante, hay autores que los utilizan indistintamente, como Comadira.

Altamira Gigena define a la libre elección como aquella que “permite a la administración elegir en forma directa y discrecional a la persona física o jurídica con la que va a contratar, sin necesidad de seguir un procedimiento determinado”.⁸¹

El autor la diferencia de la contratación directa por ser esta última una excepción a la licitación pública o al concurso público, siendo necesario un acto administrativo suficientemente motivado.

⁸¹ ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, 1º ed., Córdoba, 2005 pág. 302.

4.5- LAS CONTRATACIONES INTERADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE LA LIBRE ELECCIÓN⁸²

Antes de profundizar la cuestión relativa a la libre elección entre los órganos interadministrativos, conviene aclarar qué se entiende por “relación jurídica interadministrativa”. Ésta se configura cuando se vinculan dos o más personas públicas estatales ya sea el Estado en sentido lato (Nacional, provincial, municipal) o cualquiera de las personas públicas que lo constituyen. Vale distinguir que no se presenta la situación en estudio cuando se relacionan entidades pertenecientes a una misma jurisdicción o esfera de gobierno.

Una vez aclarado el concepto, se debe recordar al lector cuáles son los principios básicos que regulan estas relaciones de derecho público:

a) Ausencia de régimen exorbitante: aquella prerrogativa tan característica de las relaciones entabladas entre la administración y los administrados, aquí cede para darle lugar al principio de “colaboración” o “coordinación”. Como consecuencia de ello, por ejemplo, los actos interadministrativos no gozan de algunas notas típicas como la ejecutoriedad, es improcedente la aplicación de multas de carácter penal y aunque discutido doctrinaria y jurisprudencialmente, carecerían de los mecanismos jurídicos propios de los particulares atento a la ausencia de intereses contrapuestos por pertenecer todas, directa o indirectamente, al Estado.

b) Principios de “unidad administrativa”, en virtud del cual es imposible la ejecución judicial de créditos y no se aplica ni directa ni indirectamente la LNPA, por ser ésta garantizadora de los derechos de los administrados.

Dentro de este género de relaciones interadministrativas, se encuentra el contrato interadministrativo, especie que, además de participar de las mismas notas tipificantes descriptas anteriormente, prevé un particular sistema de selección del co-contratante.

La realidad legislativa enseña que, cuando se celebren contratos entre entes públicos, no será necesario realizar la licitación pública ni cualquier otro medio de selección, sino que se podrá recurrir a la contratación directa. La justificación a esta excepción, según Comadira, parece encontrarse en los fundamentos mismos que

⁸² COMADIRA, JULIO RODOLFO – WINKLER DORA PAULA, “Las contrataciones interadministrativas y el principio de la libre elección” ED 119-857

obligan al Estado a seguir procedimientos reglados a la hora de elegir al cocontratante. Por medio de estos procedimientos lo que se procura es la toma de decisiones que aparezcan como morales, lícitas, eficientes y eficaces, precedidas por la publicidad y transparencia necesarias. Sin embargo, al hablar de contratos interadministrativos, este plexo axiológico parece garantizarse por sí mismo, ya que ambas partes de la contratación deberán propender al cumplimiento de interés público.

Límite a la libre elección: existen casos puntuales en los cuales se deberá extremar la agudeza a la hora de juzgar la legalidad o ilegalidad de una contratación directa entre entes interadministrativos. Esto ha sido advertido por el Tribunal de Cuentas de la Nación en reiteradas ocasiones, y se configura cuando se pretende encubrir, vía contratación de un ente administrativo, una relación con un particular. En consecuencia, dicho Tribunal consideró que la contratación directa será justificada cuando el ente adjudicatario en cuestión tenga “entre sus fines de creación” la producción, prestación o comercialización de los elementos requeridos por el comitente. De este modo, quedaría eliminado todo halo de sospecha y se estaría aprovechando ese marco de colaboración y coordinación propio de las relaciones intersubjetivas en juego.

Un ejemplo claro de lo expuesto anteriormente a nivel local, se puede encontrar en la regulación de la asociaciones vecinales, a las cuales, por gozar de personería municipal, se les posibilita contratar directamente con el municipio para la prestación de servicios de desmalezado, riego, etc. Esto es así ya que en la Carta Orgánica (art. 221), específicamente se incluye dentro de sus funciones las de participar en la gestión municipal mediante la prestación, control y supervisión de servicios y ejecución de obras.

4.5- Análisis Comparativo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN- DECRETO 1023/02) Ley Provincial de Contabilidad (Ley Nº 7631) y Sistema de Contrataciones de Bienes, Obras y Servicios del Estado Municipal (Ordenanza 835/94)

A continuación se presenta un cuadro comparativo que pretende representar de manera gráfica en qué se diferencian los ámbitos nacional, provincial y municipal en materia de contrataciones administrativas. Lógicamente, su estudio exhaustivo sería demasiado prolongado y excesivo para los fines de la presente obra, por lo que todos los artículos analizados son aquellos que guardan relación, en mayor o menor medida, con la contratación directa.

Los aspectos que se van a contraponer son los siguientes:

1. Objeto
2. Ámbito de aplicación
3. Organización del Sistema
4. Principios del Sistema
5. Principios Generales de Contratación
6. Procedimientos Previstos
7. Principios para la procedencia de la Licitación Pública
8. Contratación Directa
9. Contratación Directa vía Negociación Directa

Anticipándonos a lo que el lector encontrará en el desarrollo del tema, se puede decir, que, en líneas generales, no existen diferencias sustanciales entre unos y otros órdenes normativos.

Aquellas disposiciones que representan verdaderas innovaciones (como por ejemplo, la contratación directa cuando existe precio testigo, prevista por la Ordenanza Municipal) están claramente resaltadas, algunas de las cuales significan elementos que deberían ser incluidos en los otros órdenes.

También se percibe claramente que los supuestos de contratación directa que contemplan los textos normativos analizados son muchos más en los ámbitos

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

provincial y municipal. Tal es así que la Nación sólo prevé 10, la Provincia 29 y Río Cuarto 23. Esta disparidad puede ser interpretada de dos maneras: la primera que salta a la vista es aquella que postula que mientras menores causales de contratación directa existan es mejor, ya que ésta estará reservada sólo para casos verdaderamente excepcionales, taxativamente enunciados. Bajo este punto de vista, resulta lógico que la técnica legislativa de la Nación es superior, ya que sólo prevé 10 causales de CD, y toda aquella contratación que no quede precisamente tipificada en ellas deberá someterse a la LP u otro mecanismo de selección.

Sin embargo, al leer detenidamente las causales, es posible advertir otra situación: a mayor abundamiento, a mayor descripción y especificación de los casos que admiten la CD, hay menores posibilidades de que el intérprete o aplicador de la ley incluya casos que el legislador originariamente no quiso incluir. En otras palabras, mientras mejor detallados estén los supuestos, más difícil será la aplicación de la analogía. Analogía que, a veces podrá solucionar un vacío legal, pero que otras, podrá convertir a la vaguedad y amplitud del lenguaje jurídico en una herramienta para sortear la regla de la LP.

En palabras del magíster costarricense Christian Campos, la redacción de una ley no puede convertirse en una “corrupción normativa bien pensada”, que a *prima facie* proponga una regla o principio, pero que con su voluntaria imprecisión lingüística al plantear las excepciones permita que éstas se tornen regla.

De este modo, se podría llegar a una situación absurda, en donde los casos concretos que violen los principios sean tantos y estén tan instalados en la sociedad que impulsen una reforma legislativa que los recepte. Éstos se convertirían en una lamentable fuente del derecho “*contra legem*”, que, de algún modo, aunque sea por omisión, estuvo amparada desde un comienzo por los legisladores.

Objeto

RCAN	LEY DE CONTABILIDAD PROVINCIAL	ORDENANZA DE RIO CUARTO 835/94
Con este régimen de	Dado que no es una ley que	También procura eficiencia en

<p>contrataciones se pretende que los bienes, servicios y obras que se obtengan posean la tecnología acorde a las exigencias, priorizando que se realicen oportunamente y al precio más bajo (criterio de eficiencia). El cumplimiento de estos lineamientos ayudará a lograr los resultados exigidos por la sociedad.</p>	<p>rija exclusivamente el régimen de contrataciones (aunque con las sucesivas modificaciones casi lo es) no se ha explayado sobre objetivos perseguidos al momento de contratar. Es el DECRETO 1882/80 el que se encarga de reglamentar, tal como lo precisa en los “vistos”, “la necesidad de normalizar y reglamentar el régimen de contrataciones establecido en la Ley de Contabilidad Nro. 5116 (T.O. Nro. 6395), como así también establecer las reglas generales de procedimientos y las funciones de las oficinas encargadas de su ejecución”</p>	<p>la contratación pública en lo que respecta a la obtención de bienes y servicios.</p>
<p>ART. 1- El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.</p>		<p>ART. 1- El sistema de contrataciones tiene por objeto optimizar la eficiencia de la contratación pública en cuanto a la obtención de los bienes, obras y servicios que necesita para realizar su gestión con la mejor tecnología disponible, en el momento oportuno y al menor costo posible.</p>

Ámbito de Aplicación

<p>Establece la obligatoriedad de la aplicación de esta ley en todos los procedimientos de contratación que realice la Administración pública.</p>		<p>Lógicamente, las ordenanzas no podrán excederse de su ámbito territorial de competencia, por lo que sólo regirá en el ejido urbano.</p>
<p>ART. 2 El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en</p>		<p>ART. 2 Las disposiciones de esta ordenanza serán de aplicación en todo el Sector Público Municipal.</p>

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

<p>los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del ART. 8 de la Ley 24156 y sus modificaciones.</p>		
--	--	--

Organización del sistema

<p>La ONC (Oficina Nacional de Contrataciones) es Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional. Funciona en el ámbito de la Secretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros. El Sistema Nacional de Contrataciones y la ONC fueron creados por DECRETO Nº 1545 el 31 de agosto de 1994. El Sistema se rige por el principio de centralización normativa y descentralización operativa. La ONC es responsable de establecer las normas, sistemas y procedimientos que rigen las contrataciones, mientras que la gestión de compras es realizada por los Organismos de la Administración Pública Nacional. Su misión es lograr que la Administración Pública Nacional realice sus contrataciones con eficiencia y transparencia. Para ello propone las políticas y establece las normas, sistemas y procedimientos operativos que regirán la gestión de las contrataciones; difunde, capacita y asesora a las entidades que intervienen en el proceso; y elabora y organiza estadísticas e</p>	<p>Hasta tanto se reglamente el Sistema de Suministros de Contrataciones de la Provincia, se le otorga, por medio del DECRETO reglamentario 1882/80 la facultad de intervenir a la Contaduría General de la Provincia y a la Dirección de Normatización y Control de Materiales dependiente de la Subsecretaría de Administración y Servicios Generales. Entre las funciones principales que se les asignan son organizar y tener a su cargo el Registro de Proveedores, asesorar en los aspectos relativos al régimen de contrataciones y realizar el control de calidad de todos los elementos ofrecidos.</p>	<p>La autoridad de aplicación será la Unidad Central que dependerá de la Secretaría de Economía del Municipio. A su vez, estará descentralizada en las diferentes secretarías para la ejecución más eficiente de los planes,</p>
--	---	--

<p>información sobre las contrataciones para que estén a disposición de los distintos participantes y de la ciudadanía en general.</p>		
<p>ART. 23 Los órganos del sistema y sus respectivas funciones serán: a) El Órgano Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el ART. 29 , inc. b) del presente régimen; y b) Las unidades operativas de contrataciones funcionarán en las jurisdicciones y entidades aludidas en el ART. 2 del presente y tendrán a su cargo la gestión de las contrataciones.</p>	<p>Artículo 1.- Hasta tanto se reglamente el artículo 148 de la Ley 5116 (T.O. Ley Nro. 6395), estableciendo el Sistema de Suministros de la Provincia, se asignan las siguientes funciones en esa materia a la Contaduría General de la Provincia y a la Dirección de Normatización y Control de Materiales dependiente de la SubSecretaría de Administración y Servicios Generales.</p>	<p>El sistema de contratación se compondrá de: a) La Unidad Central que funcionará en jurisdicción de la Secretaría de Economía y tendrá por función centralizar todo lo referente a políticas, normas, procedimientos, información, control y evaluación del sistema. b) Se descentralizará en el resto de las Secretarías la ejecución de funciones operativas.</p>

Principios del Sistema

<p>Los criterios que se utilizarán a partir de la entrada en vigencia de esta ley son los de centralización de las políticas y normas y descentralización operativa. Estos principios son muy eficientes a la hora de implementar acciones ya que hay unificación de normas y criterios técnicos (en función de la centralización normativa) y rapidez en la ejecución y puesta en práctica gracias a la descentralización operativa.</p>	<p>Si bien no están contemplados expresamente en la ley de contabilidad ni en su DECRETO reglamentario, serán de aplicación los principios predispuestos por la CONSTITUCIÓN Provincial en el ART. 174.</p>	<p>La ordenanza local es coincidente con los criterios que se establecen en el DECRETO nacional (aunque aquella es anterior) y con lo previsto en la CONSTITUCIÓN Provincial ART. 174</p>
<p>ART. 23: El sistema de contrataciones se organizará en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de</p>		<p>La organización del sistema tiene como fundamento: a) La centralización de las políticas y las normas.</p>

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

la gestión operativa.		b) La descentralización de las funciones operativas de contratar los bienes, obras y servicios.
-----------------------	--	---

Principios generales de contratación

<p>Los principios ya han sido explicados con detenimiento en este trabajo. Resta aclarar que se deja cierto margen de amplitud en su aplicación al decir que se tendrán en cuenta las particularidades de cada tipo de contratación, aunque en el último párrafo se exija la rigurosa observación de todos los principios.</p>	<p>Este artículo contiene principios diferentes a los de la Nación, previendo la defensa de los <i>intereses colectivos</i> y de la <i>hacienda pública provincial</i>. Además, en esta fórmula de principios aplicables a las contrataciones se exige la compatibilidad con la <i>celeridad, seriedad y garantía del acto de selección</i></p>	<p>La gran innovación de la ordenanza local es que el incumplimiento de los principios por ella establecidos será causal de <i>nulidad</i> del acto contractual.</p>
<p>ART. 3 Principios generales. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado. b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes. c) Transparencia en los procedimientos. d) Publicidad y difusión de las actuaciones. e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones. f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. <p>Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.</p>	<p>ART. 108: En todas las contrataciones se deberá asegurar la igualdad de los posibles oferentes, la defensa de los intereses colectivos y de la hacienda pública provincial, así como la responsabilidad inherente a los funcionarios que intervengan. El Poder Ejecutivo reglamentará los requisitos y procedimientos básicos que deben regir las contrataciones por cuenta del Estado, debiendo procurar la tipificación de artículos y que los pliegos de condiciones favorezcan la concurrencia de la mayor cantidad posible de oferentes, compatible con la celeridad, seriedad y garantía del acto de selección. Asimismo deberá reglamentar un régimen de permutas ajustado a los preceptos de esta Ley.</p>	<p>ART. 7 Los principios generales a que deberán ajustarse las contrataciones, bajo pena de nulidad, teniendo en cuenta las particularidades de cada uno de los procedimientos son: a) publicidad, b) igualdad de posibilidades para los interesados y oferentes, c) promoción de las mayor concurrencia de oferentes y d) flexibilidad y transparencia en los procesos y procedimientos.</p>

Procedimientos previstos

<p>Son los típicos procedimientos que ya han sido enumerados con anterioridad. Esto no obsta a otros posibles medios, como es el concurso de proyectos integrales y venta de acciones en Mercado de Valores, regulados por otras leyes.</p>	<p>También enumera los procedimientos clásicos para la selección del cocontratante.</p>	<p>Presenta una innovación en lo que respecta a la licitación pública, ya que la contempla en su versión pura y en la de "orden de compra abierta". Para la contratación directa, también propone dos variantes.</p>
<p>ART. 25 - Licitación o Concurso públicos - Subasta pública - Licitación o Concurso privados - Contratación Directa</p>	<p>ART. 106: -Licitación -Concurso de Precios -Contratación directa -Subasta</p>	<p>Podrá contratarse de acuerdo con los siguientes procedimientos: a) Licitación pública b) Licitación pública: orden de compra abierta c) Concurso de precios d) Contratación directa e) Remate o subasta públicos</p>

Principio para la procedencia de la licitación

<p>Los apartados 1 y 2 del inciso a del artículo 25 diferencian los casos en los que procede la LP o concurso públicos. Mas allá de esta diferenciación, éstos son los principios <i>regla</i>, y todos los demás deberán empelarse en defecto de ellos.</p>	<p>Con una técnica legislativa muy diferente a la nacional, no fija ninguna regla general, sino que utiliza un criterio netamente cuantitativo para diferenciar la utilización de uno u otro procedimiento: los montos máximos de contratación establecidos en la Ley Normativa de Ejecución de Presupuesto más otros importes.</p>	<p>Si bien no es una disposición de la parte general de la ordenanza, sino que ese encuentra al regular específicamente la LP, también el ordenamiento local emplea un criterio cuantitativo, y plantea montos mínimos para la procedencia de la LP. A <i>contrario sensu</i>, los otros procedimientos contemplados, especialmente la contratación directa, sólo será aplicables cuando no superen dicho monto o se encuentren en algunos de los supuestos del ART. 13.</p>
<p>ART. 24 1º Parte- La selección del cocontratante para la ejecución de los contratos contemplados en el ART. 4 de este régimen se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, por aplicación del inc. a) aps. 1. y 2. del ART. 25.</p>	<p>ART. 1 párr. 4º DECRETO. A los efectos de determinar el procedimiento a seguir para las contrataciones, se considerarán los montos máximos de contratación establecidos en la Ley Normativa de Ejecución de Presupuesto y el importe total, técnicamente</p>	<p>ART. 9º ultimo párrafo El procedimiento de licitación pública será de cumplimiento obligatorio cuando el monto de la contratación supere el límite que fijará la Carta de Autorizaciones, salvo las excepciones que prevé esta Ordenanza.</p>

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

	estimado a que se prevé ascenderán las adjudicaciones, incluidas las posibles opciones de prórroga del contrato y toda otra ampliación establecida en los pliegos.	
--	--	--

Contratación Directa

	<p>El artículo en análisis presenta a la CD como un modo subsidiario de selección del cocontratante en virtud de que, al dar una breve definición de cada uno de ellos, establece que se configurará la CD cuando la elección del cocontratante se haya efectuado con inobservancia de las formalidades establecidas por la presente Ley. En otras palabras, si una selección no encuadra en ninguna de las estructuras previstas por haberse omitido el cumplimiento de sus formalidades, pasará a ser una CD.</p> <p>Otra interpretación más razonable de esta disposición sería aquella que entiende que hay CD cuando no hay concurrencia de interesados (para la LP), remate público (para la Subasta) o presentación de cotizaciones para configurar el concurso de precios. Es decir, estas formalidades no se han dado porque no se ajustan a las necesidades o características de la contratación que se debe realizar, lo que no significa un cumplimiento irregular de las mismas, en cuyo caso la CD estaría saneando <i>de pleno derecho</i> un acto nulo.</p>	<p>En el orden municipal, la normativa es diferente y, además de enumerar los casos en los que procederá la CD, prevé dos modalidades de la misma. Una está dada por el “<i>precio testigo</i>”, que es el máximo valor que se podrá abonar por un producto, y que está determinado por una “<i>moda estadística</i>” a partir de un estudio Nacional y provincial. La otra modalidad, es la típica, en donde hay absoluta discrecionalidad para elegir al contratante pero que sólo procede ante los casos enumerados en la ordenanza. En cuanto al primer método mencionado, se puede decir que la ordenanza le da a la Administración un margen de hasta un 5% superior al precio testigo obtenido para poder contratar directamente y, además, le concede privilegios a quienes estén inscriptos en el Registro Municipal de Contratistas, para mejorar sus propuestas. Cabe aclarar, que el sistema de precio testigo no es exclusivo de Río Cuarto, sino que también es aplicado en la Nación y en la Provincia (decr. 1932/99). La diferencia radica en que en los últimos dos órdenes, su implementación no habilita a la CD, sino que es una formalidad más a la</p>
--	---	---

		que se deben ajustar las contrataciones y adjudicaciones,
ART. 25 inc. d) Sólo prevé la contratación por libre negociación	ART. 106 4º párr: CONTRATACION DIRECTA: Cuando se efectúe la selección del co-contratante sin las formalidades establecidas para los restantes procedimientos y en los casos establecidos por la presente Ley.	ART. 13 a) Contratación directa con precio testigo. Cuando del estudio de mercado local y nacional realizado por la Municipalidad, surgiera que el precio de un bien o servicio normalizado o de características homogéneas se manifiesta con una tendencia hacia el standard o la "moda estadística", la Municipalidad podrá contratar directamente su adquisición siempre que el precio convenido no exceda el cinco por ciento (5%) del precio testigo. Si estos bienes o servicios son de uso frecuente y de valor significativo, este estudio deberá mantenerse actualizado. Los inscriptos en el Registro Municipal de Contratistas podrán mejorar los precios ofrecidos, en cuyo caso serán preferidos para la adjudicación. b) Libre elección por negociación directa.

Contratación Directa Vía Negociación Directa

Estas causales de contratación directa ya han sido analizadas en otra parte de este trabajo y aquí sólo nos limitaremos a establecer las diferencias con los regímenes provinciales y municipales.	Las diferencias que se encuentran en frente al régimen nacional son: a) para la configuración de la emergencia manifiesta es necesario que, en caso de realizarse la LP o concurso de precios se estén poniendo en riesgo la función o servicios públicos. b) En cuanto a la LP desierta, o con propuestas inadmisibles o inconvenientes, plantea se pasará inmediatamente a la CD, la cual deberá realizarse con las mismas bases y condiciones antes	Son extensibles a nuestra ciudad las mismas apreciaciones que se realizaron para la provincia, incluyendo la última disposición del artículo analizado que faculta al estado municipal a contratar directamente con la cooperativas de trabajo, teniendo en cuenta los requisitos allí mencionados.
--	--	---

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

	<p>previstas.</p> <p>c) En donde sí se propone una segunda vuelta es en el segundo Concurso de Precios que se realice por no tener ofertas admisibles o convenientes.</p> <p>d) Los apartados 7,9, 13 a 17, 19 a 25 y 29 no están contemplados en la legislación nacional.</p> <p>e) El supuesto 8º incluye otros contratistas como las asociaciones civiles sin fines de lucro y las entidades de bien común.</p>	
<p>1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación.</p> <p>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 cocontratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado nacional.</p> <p>3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una</p>	<p>*ARTICULO 110.- Las operaciones de Contratación Directa serán las siguientes:</p> <p>1- Cuando el monto de la operación no exceda el límite fijado por la Ley Normativa de Ejecución del Presupuesto.</p> <p>2- Cuando en caso de urgencia manifiesta y por necesidades imperiosas no pueda esperarse, sin perjuicio de la función o servicios públicos, un llamado a Licitación o Concurso de Precios.</p> <p>3- Cuando hubiera sido declarada desierta una Licitación o no se hubiesen presentado ofertas admisibles o convenientes, circunstancia ésta que deberá acreditarse. Tales Contrataciones deberán ajustarse a las mismas bases y condiciones.</p> <p>4- Cuando no hubiesen proponentes o las propuestas fuesen inaceptables después de un segundo llamado a Concurso de</p>	<p>Solo podrá contratarse bajo esta modalidad, en los siguientes casos:</p> <p>a) Entre las entidades del Estado, sean nacionales, provinciales o municipales y con entes públicos no estatales, cuando las mencionadas entidades contraten dentro de su objeto.</p> <p>b) Cuando los procedimientos mencionados en los artículos anteriores no hubieran logrado su finalidad. La contratación deberá hacerse con bases y especificaciones semejantes a las del procedimiento fracasado y, en su caso, con invitación a los oferentes originales, además de los que estime necesario la Municipalidad. La contratación deberá ser aprobada por el Concejo Deliberante.</p> <p>c) Para adquirir bienes o contratar servicios cuya fabricación o suministro sea exclusiva de quienes tengan privilegio para ello, o que sólo sean poseídos por personas o</p>

⁸³ 4. (Texto originario). Cuando una licitación haya resultado desierta o fracasada y se efectuare un nuevo llamado, deberán modificarse los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si esta licitación también resultare desierta o fracasare, podrá realizarse la contratación directa, utilizando el Pliego de Bases y Condiciones Particulares del segundo llamado.

⁸⁴ (*) El ART. 3 del DECRETO 204/2004 establece: "La presente medida comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha".

⁸⁵ 8. (Texto originario). Las contrataciones entre reparticiones públicas o en las que tenga participación mayoritaria el Estado nacional. En estos casos quedará prohibida la subcontratación del objeto.

⁸⁶ (*) El ART. 3 del DECRETO 204/2004 establece: "La presente medida comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha".

⁸⁷ (*) El ART. 3 del DECRETO 204/2004 establece: "La presente medida comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha".

<p>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.</p> <p>La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.</p> <p>4. (Texto según DECRETO 666/2003, ART. 6). 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.⁸³</p> <p>5. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección el 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.</p> <p>6. Cuando el Poder Ejecutivo nacional haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.</p> <p>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.</p> <p>8. (Incorporado por DECRETO 204/2004, ART. 1) ⁸⁴. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado nacional entre</p>	<p>Precios.</p> <p>5- Cuando las obras, cosas o servicios sean de tal naturaleza que sólo puedan confiarse a artistas o especialistas.</p> <p>6- Cuando se trate de productos fabricados o servicios prestados o distribuidos exclusivamente por determinada persona o entidad o que tengan un poseedor único, siempre que no hubiera sustitutos convenientes.</p> <p>7- Por los materiales, productos y alimentos que en razón de su naturaleza o destino o especialidad de su empleo puedan ser adquiridos en los lugares de producción y/o de los productores mismos, conforme a la reglamentación.</p> <p>8- Cuando se trate de contrataciones con Entes del Estado Provincial, Nacional, Municipal y Sociedades de Economía Mixta en las que tengan participación mayoritaria el Estado Nacional, los Estados Provinciales o Municipales, Entidades de Bien Público y Asociaciones Civiles sin Fines de Lucro, con personería jurídica y en las condiciones más convenientes.</p> <p>9- Cuando se trate de adquirir bienes o contratar servicios cuyo precio es oficial. En igualdad de calidad y condiciones, tendrán prioridad aquéllos que suministren las dependencias oficiales.</p> <p>10- Cuando las circunstancias exijan que las operaciones del Gobierno se mantengan secretas.</p> <p>11- Cuando medien razones de seguridad.</p> <p>12- Las compras en Subasta previa fijación del precio máximo a abonarse en la operación.</p> <p>13- La publicidad oficial.</p> <p>14- La compra de periódicos, diarios, revistas y publicaciones en general.</p> <p>15- La compra de libros; cuando se realice directamente a la empresa editora o distribuidora de los mismos.</p> <p>16- Las compras y locaciones que sea menester efectuar en países extranjeros.</p> <p>17- Cuando exista notoria escasez en el mercado de los bienes a adquirir.</p> <p>18- La prórroga de los contratos de</p>	<p>entidades que tengan exclusividad para su venta. La marca de fábrica no constituirá causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre que no hay sustitutos convenientes, o que el fabricante se haya reservado el privilegio de la venta, o se realicen atendiendo al principio de unificación de marca.</p> <p>d) Para adquirir o ejecutar obras de arte, científicas o históricas, y para restaurar obras de arte y otras, cuando deba recurrirse a empresas o personas especializadas y de probada competencia.</p> <p>e) La adquisición de bienes que no se produzcan o suministren en el país y que convenga efectuar por intermedio de organismos internacionales a los que esté vinculada la Municipalidad.</p> <p>f) Las reparaciones de maquinarias, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo resultare oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. Esta excepción no podrá aplicarse a las reparaciones comunes de mantenimiento.</p> <p>g) Los contratos que deban celebrarse y ejecutarse necesariamente en países extranjeros.</p> <p>h) Cuando circunstancias debidamente acreditadas, exijan que la operación deba mantenerse en secreto.</p> <p>i) Cuando existan probadas razones de urgencia o medie situación de emergencia Municipal.</p> <p>j) La adquisición de bienes que se realice en subasta o remate públicos, en cuyo caso el precio máximo a pagar será el que surja de la tasación previamente efectuada y del análisis de valores de mercado u otros que establezca al reglamentación.</p> <p>k) La compra de semovientes, cuando se trate de ejemplares de características especiales.</p> <p>l) La venta de productos perecederos y los destinados al fomento económico o a la satisfacción de necesidades de orden social, siempre que se efectúe directamente a los usuarios o consumidores.</p> <p>m) La adquisición de material bibliográfico del país o del exterior,</p>
---	---	--

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

<p>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.⁸⁵</p> <p>9. (Incorporado por DECRETO 204/2004, ART. 1)⁸⁶. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado nacional con las universidades nacionales.</p> <p>10. (Incorporado por DECRETO 204/2004, ART. 1)⁸⁷. 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.</p> <p>En las contrataciones directas en las que corresponda efectuar invitaciones, de acuerdo con la reglamentación, también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar.</p> <p>En los supuestos de contratación previstos en los aps. 2 y 8 del presente inciso, las universidades nacionales tendrán el carácter de consultoras preferenciales. (Párrafo incorporado por DECRETO 2508/2002, ART. 1. Posteriormente el DECRETO 2508/2002 fue derogado por DECRETO 204/2004, ART. 2).</p>	<p>locación de bienes y servicios con las limitaciones en cuanto a precio que establezca la reglamentación y siempre que el nuevo precio no sea superior al valor original más el incremento del Índice del Costo de Vida de Córdoba operado desde la fecha de la contratación y la de la prórroga correspondiente. En los casos de contratos cuyo objeto sea la locación de servicios y de los bienes necesarios para su prestación, se podrá aceptar el reemplazo de dichos bienes por</p> <p>Fiscalía de Estado Dirección de Informática Jurídica 5 otros cuyas características, a criterio del organismo técnico, mejoren la prestación a la que está afectado</p> <p>19- La compra de semovientes que por su naturaleza, características o destino, no permita otro modo de selección.</p> <p>20- La adquisición de artículos de alimentación perecederos o servicios de racionamiento, siempre que no sea posible la realización por otros métodos de selección, con entregas parciales o periódicas de esos artículos o servicios y hasta el monto que fije la Ley Normativa de Ejecución del Presupuesto.</p> <p>21- La venta de productos perecederos y de elementos destinados al fomento de las actividades económicas del país o para satisfacer necesidades de orden sanitario, cuando se haga directamente a los consumidores o usuarios.</p> <p>22- La venta de bienes consumibles o de elementos en condición de rezago o en desuso, en este último caso según lo disponga la reglamentación, y siempre que su valor no supere el fijado por la Ley Normativa de Ejecución del Presupuesto.</p> <p>23- La venta de elementos que provengan de la producción que realizan Organismos con carácter de empresa, o que persigan fines de experimentación, fomento, readaptación, educación o terapia.</p> <p>24- La venta de bienes de rezago o en desuso, en este último caso</p>	<p>cuando se efectúe a editoriales o a personas físicas o jurídicas especializadas en la materia.</p> <p>n) La adquisición de productos de alimentación, perecederos en ferias, mercados o directamente a los productores, con destino a establecimientos educacionales o asistenciales.</p> <p>o) Cuando exista notoria escasez en el mercado local de los bienes a adquirir, circunstancias que deberá ser aprobada en cada caso, por las oficinas técnicas correspondientes.</p> <p>p) Cuando el monto de la operación no supere el límite fijado en la Carta de Autorizaciones.</p> <p>q) Por los materiales y productos que en razón de su naturaleza o especialidad de su empleo deban ser adquiridos en los lugares de producción y de los productores mismos.</p> <p>r) La publicidad oficial</p> <p>s) La compra de libros, periódicos, diarios, revistas y publicaciones en general.</p> <p>t) La venta de bienes de rezago a Instituciones de bien público.</p> <p>u) En caso de prórroga de contratos de locación de bienes, muebles e inmuebles, o servicios.</p> <p>v) En los contratos que se realicen con las cooperativas de trabajo de acuerdo a las normas legales vigentes para este tipo de empresas, y siempre que el costo que representa sea menor o guarde una relación razonable con los precios de mercado.¹</p> <p>Deberá dejarse constancia fundada en el expediente de las circunstancias justificativas del procedimiento adoptado.</p>
---	--	---

	<p>según lo disponga la reglamentación, a instituciones de bien público con personería jurídica.</p> <p>25- La venta de publicaciones que edite el Estado Provincial.</p> <p>26- La reparación de vehículos, motores, máquinas y equipos, cuando resulte indispensable el desarme total o parcial de la unidad para determinar las reparaciones necesarias.</p> <p>27- La reparación de inmuebles, cuando la causa que produjo el deterioro no esté a la vista, impidiendo determinar a priori la magnitud de los trabajos a realizar.</p> <p>28- Cuando se trate de insumos o repuestos originales de fábrica, servicios de mantenimiento de vehículos, máquinas o equipos, podrá contratarse directamente con el fabricante o su distribuidor oficial o con la firma proveedora del bien, como así también las reparaciones de vehículos cuando se realicen en concesionarios oficiales.</p> <p>Salvo los casos previstos en los incisos 1, 14, 23 y 25 las situaciones, circunstancias o causales serán debidamente acreditadas o fundadas en cada caso, por la autoridad que las invoque.</p> <p>29- La toma de arrendamiento de inmuebles conforme al procedimiento y requisitos que determine la reglamentación, cuando las necesidades del servicio lo hicieren aconsejable.</p>	
--	---	--

Como normativa complementaria para el tema que se está abordando, resulta oportuno presentar cuáles son los presupuestos de las leyes de Obras Públicas nacional y provincial y la Ordenanza local correspondiente (a nivel ciudad, la obra pública está incluida en el mismo plexo normativo que ya hemos analizado).

Ubicación Legal

LOP Nacional	LOP Provincial	OOP
<p>El régimen de Obras Públicas está constituido por la ley homónima 13.064, la cual ha sido modificada por las leyes 16.798, 21.392, por el DECRETO 1023/2001 en sus artículos 33 y 34 y por la resolución N° 814/1996 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.</p> <p>A su vez, en lo que concierne específicamente a la Obras Públicas, contamos con una enorme variedad de disposiciones que resultan aplicables, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El contrato de obra pública al igual que toda contratación pública se encuentra sujeto a los principios supranacionales contenidos especialmente en la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24759, que en su Artículo III, inc. 5° del Anexo I, establece la publicidad, la equidad y la eficiencia en este tipo de contrataciones) y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley N° 26097, especialmente Artículos 9° y 10 Capítulo II). - La Ley N° 25.188 que norma la ética en la función pública y que ha sido reglamentada por el DECRETO N° 164/1999 y modificada por el DECRETO N° 862/2001. - El régimen del Sistema Nacional de Inversiones Públicas presidido por la Ley N° 24354 (reglamentado por DECRETO N° 720/1995) 	<p>La Ley de Obras Públicas Provincial N° 8614 fue dictada en 1997, y vino a derogar las leyes N° 4150 y 4213. El DECRETO reglamentario N° 4757/77 (reglamenta la ley 4150) y 4758/77 (pliego tipo de condiciones generales para la ejecución de obras públicas) podrán ser ratificados por el Poder Ejecutivo en todo lo que resulte compatible.</p> <p>Además, en todo aquello que no estuviera contemplado por la ley en análisis y sus DECRETOS reglamentarios, se aplicarán las disposiciones del Régimen de Contrataciones establecido por el DECRETO N° 1882/80 el que en el futuro lo reemplace y la Ley General de Contabilidad N° 7631 y sus modificatorias.</p> <ul style="list-style-type: none"> - También resultan aplicables , en lo que tiene relación con la Ética de los funcionarios públicos a) el artículo 102 de la CONSTITUCIÓN Provincial (en donde algunos funcionarios políticos provinciales pueden ser sometidos a juicio político por “mal desempeño”, “comisión de delitos”, “incapacidad psíquica o física” o por “indignidad”; b) la Carta del Ciudadano (ley 8835, los artículos 50 a 52 crean Córdoba la Oficina Anticorrupción y el Fiscal de Control Anticorrupción y Dto 87/01 de reglamentación de la Oficina Anticorrupción), c) el Estatuto del Empleado público (ley 7233 y Dto 	<p>Esta ordenanza (835/1994) se encarga de establecer el régimen de contrataciones para la obtención de bienes, obras y servicios necesarios para el buen funcionamiento de la Municipalidad. A su vez, reglamenta los procedimientos de: Licitación Pública, Orden de Compra Abierta, Concurso de Precios, Contratación Directa, remate o subasta públicos. Ejecución de contratos celebrados con tal motivo. Registro Municipal de Contratistas.</p> <p>Ha sido sancionada en diciembre de 1994, aclarada por la Ordenanza 651 año 2005 y su última modificación fue la Ordenanza 1106/2005. Los DECRETOS que la reglamentaron fueron los 1744 y 1850 ambos del año 1995</p>

<p>constituye un eslabón primordial en la contratación y ejecución de las obras públicas. Persigue entre otros objetivos la iniciación y actualización permanente del inventario de proyectos de Inversión pública nacional y la formulación anual y gestión del plan nacional de inversiones públicas. Regula, entre otras cuestiones, los procesos de preinversión, Inversión y control o evaluación ex post de los proyectos de Inversión, facultando al Poder Ejecutivo la fijación del monto máximo del programa o proyecto que puede ser aprobado directamente por el organismo iniciador para su inclusión en el Plan Nacional de Inversión Pública.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley 24156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional. - Ley 26124: Facultades presupuestarias del Jefe de Gabinete. - Ley 11672: Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o.2005). 	<p>1080/86), d)el Estatuto del empleado policial (ley 67602) y Tribunal de conducta policial (ley 9120), e)el Estatuto del Docente (Dto ley 214/1963) o f)el Código de Etica de los Magistrados y funcionarios judiciales (Acuerdo reglamentario nº 693 serie A del 27/11/2003 del TSJ),</p>	
---	--	--

Concepto de obras públicas

<p>Considérase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por Ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la Ley 12737 y su reglamentación y</p>	<p>ART. 1 Es obra pública a los efectos de la presente ley toda construcción o trabajo destinado a satisfacer un interés general, que realice la provincia por sí o por terceros y le ejecutado ingrese al dominio público o privado del Estado, con la excepción dispuesta en el artículo 3 de la presente Ley.</p>	<p>ART. 76 Las obras públicas que ejecute la Municipalidad estarán alcanzadas por este régimen legal, tanto se trate de obras de construcción, como de contratación de bienes destinados a utilizarse, consumirse o incorporarse a las obras hasta su definitiva habilitación.</p>
---	--	--

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

supletoriamente por las disposiciones de la presente.		
Principios sobre los medios de selección del cocontratante ART. 9: Sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en licitación pública.	ART. 4 últ. Párr: La selección del contratista o concesionario se realizará mediante el procedimiento de Licitación Pública, no obstante podrá acudirse a la Licitación Privada, Concurso de Precios, Contratación Directa, Concurso de Iniciativa, según lo determine la presente Ley, tomando a la obra en su totalidad o por parte claramente identificables.	El procedimiento de licitación pública será de cumplimiento obligatorio cuando el monto de la contratación supere el límite que fijará la Carta de Autorizaciones, salvo las excepciones que prevé esta Ordenanza.

Procedencia de la contratación directa

ART. 9: Sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en licitación pública. Quedan exceptuadas de la solemnidad de la licitación pública y podrán ser licitadas privadamente o contratadas en forma directa, las obras comprendidas en los siguientes casos: a) Cuando el costo de la obra no exceda del monto que establezca el Poder Ejecutivo nacional. b) cuando los trabajos que resulten indispensables en una obra en curso de ejecución, no hubiesen sido previstos en el proyecto ni pudieran incluirse en el contrato respectivo. El importe de los trabajos complementarios antedichos no excederá de los límites que fije el Poder Ejecutivo nacional. c) cuando los trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas demandaren una pronta ejecución que no dé lugar a los trámites de la licitación pública, o para la satisfacción de servicios de orden social de carácter impostergable. d) cuando la seguridad del Estado exija garantía especial o gran reserva. e) cuando para la adjudicación resulte determinante la capacidad artística o técnico-científica, la destreza o habilidad o la experiencia particular del ejecutor del trabajo o cuando éste se halle amparado por patente o privilegios a los conocimientos para la ejecución sean poseídos por una sola persona o entidad. f) cuando realizada una licitación	ART. 7: la autoridad competente está facultada para adjudicar y contratar directamente cuando medie alguna de las siguientes circunstancias: a) cuando el monto de la operación no exceda el límite de la Ley Normativa de Ejecución del Presupuesto, b) cuando por urgencia manifiesta o necesidad imperiosa no sea posible llamar a licitación sin perjuicio del interés público. c) Cuando hubiere sido declarada desierta dos veces una misma licitación o no hubiere proponentes en el primer llamado. d) Cuando las obras o servicios especiales, sean de tal naturaleza que sólo puedan confiarse a artistas o especialistas de reconocida capacidad. e) Cuando las contrataciones se realicen con reparaciones públicas, entidades autárquicas, sociedades de economía mixta en las que tenga participación mayoritaria el estado nacional, los estados provinciales o municipales y se obtengan cláusulas más favorables a las previstas en los pliegos, ya sea en precio, calidad, plazos u otras ventajas comparativas, rigiendo para estos casos y en los que corresponda, lo establecido por la presente ley. f) Cuando se trate de trabajos complementarios de una obra	Será aplicable lo explicado en el artículo 13 inc. B, es decir, cuando los respectivos procedimientos no lograron su objetivo.
---	---	--

<p>pública, no haya habido proponente o no se hubiera hecho oferta admisible.</p> <p>g) Los demás casos previstos en el cap. I del tít. II del régimen de contrataciones de la Administración nacional, en tanto no se opongan a las disposiciones del presente.</p> <p>ART. 6º: Podrá ser realizado con licitación o sin ella el arrendamiento de inmuebles y de máquinas (implementos, equipos, transportes, embarcaciones, dragas, grúas flotantes, etc.) destinados a obras públicas nacionales.</p>	<p>pública en ejecución que resulten indispensables para el buen funcionamiento y que no hubieren podido preverse en el proyecto ni incluidos en el contrato respectivo.</p> <p>g) Cuando por haberse rescindido el contrato por culpa del contratista y el monto faltante para su terminación no exceda el 30% del presupuesto total de obra actualizado a la fecha de la nueva contratación. Para contratar en forma directa la autoridad de aplicación deberá convocar a cotizar empresas en mínimo de tres que, según el informe del registro de Constructores de Obras Públicas de la Provincia, se encuentren en las mejores condiciones de contratar con el Estado. Este procedimiento sólo podrá obviarse en los casos en que por razones de imperiosa urgencia no fuera posible implementarlo.</p>	
--	---	--

CAPÍTULO 4

PRINCIPIOS JURÍDICOS, PRINCIPIOS LEGALES Y ¿PRINCIPIOS DE HECHO?

- 1- Picolotti contrató a 510 personas durante su primer año al frente de la Secretaría de Ambiente de la Nación
- 2- Denuncian maniobras sospechosas con obras por \$ 1.800 millones
- 3- Las contrataciones directas del Estado
- 4- Autorizan compras millonarias sin licitación pública por el Bicentenario
- 5- El escrutinio se encargó por contratación directa
- 6- Gastar más: contratación directa
- 7- Rivara: "No hay ningún delito"
- 8- Sentado a ambos lados del mostrador
- 9- El bien común
- 10- El municipio pagará 25% más por el mantenimiento de espacios verdes
- 11- Eninder, una entidad sin transparencia



5- Capítulo 4

Principios Jurídicos, Principios Legales y ¿Principios de Hecho?

Como ya se viene anticipando y dejando en claro desde antes, parecería que el tema de las contrataciones camina por vías diferentes, difícilmente reconciliables, según la transiten doctrinarios, legisladores o funcionarios públicos.

En opinión de los doctrinarios, al menos los que caminan junto a MARIENHOFF, como ILDARRAZ, existe una premisa básica que es la libre elección. Esto no implica, lógicamente, que no deba respetarse el derecho positivo vigente de un país, independientemente de que éste plantee otro principio. Es lo que sucede en nuestro país, donde la mayoría de las leyes estudiadas proclaman la necesidad, ante todo, de licitación pública o concurso público. Los demás procedimientos, quedarán relegados para casos específicos que tipifique la misma.

Hasta aquí, dos vías diferentes pero que, como ya se dijo anteriormente, no generan mayores conflictos, porque el sistema “legal” tiene la facultad de apartarse del sistema “jurídico”, mediante inversiones del tan nombrado concepto regla-excepción.

El problema radica en que hay dos etapas de este proceso *fundamentos jurídicos- ley vigente- aplicación de la ley* que no pueden estar desfasados: la ley vigente y su aplicación. Es decir, en la práctica, en la realidad, para que se pueda hablar de un obrar jurídico (por oposición al obrar antijurídico, y mucho más si quienes lo realizan son “servidores públicos”) debe coincidir plenamente con lo que ha dispuesto el legislador, sin que exista la posibilidad de apartarse de la ley.

Es justamente ese desfasaje, o, aquella vía *alternativa* a la principal, lo que se pretende mostrar en este capítulo.

Mediante casos concretos, extraídos de periódicos y de la jurisprudencia, se busca dejar plasmado que la CD en su estado puro, o las contrataciones dudosas en cuanto a la transparencia en la selección del co-contratante son mucho más asiduas de lo que deberían ser, tanto en el ámbito nacional como en el provincial y local.

Picolotti contrató a 510 personas durante su primer año al frente de la Secretaría de Ambiente de la Nación

Oscar Lonero, un periodista argentino realizó una investigación sobre las contrataciones efectuadas por Romina Picolotti, Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación Argentina. En su investigación incluyó pedidos de acceso a la información pública.

Órgano Contratante: Secretaría de Ambiente de la Nación.

Contrato: 510 personas incorporadas en un año.

Fuente: accesolibre.org

Desde julio de 2006 la secretaria de Ambiente de la Nación, Romina Picolotti, contrató a 380 personas y firmó 130 convenios avalados por la Jefatura de Gabinete de Ministros. La gravedad de la situación, más allá de que la cifra en abstracto parezca sobreabundante, es que hasta la asunción de la Secretaria, la planta total estaba compuesta por 422 agentes. Estos datos fueron obtenidos mediante un pedido que realizó accesolibre.org al responsable de Acceso a la Información de la Jefatura de Gabinete, en ejercicio del derecho al acceso a la información pública reglamentado en el DECRETO 1172/03.

Con un expediente iniciado por la Oficina Anticorrupción de la Nación de por medio (debido al silencio oficial y al vencimiento de posplazos establecidos en el DECRETO), se envió, finalmente y de manera incompleta, una “nómina completa del personal contratado y en trámite de contratación desde julio de 2006 a junio de 2007”..

El listado incluye, entre otras personas, a Verónica Susana Franco, hermana del coordinador de Recursos Humanos de la

Secretaría de Medio Ambiente y novia de Juan Picolotti, jefe de Gabinete de ese organismo y hermano de Romina, la *contratista* en cuestión. A su vez, en la extensa lista, aparece Natalia Zoe Franco, en calidad de Coordinadora de Recursos Humanos.

Juan Picolotti y su cuñado Franco, a pesar de haber sido detectados como miembros del plantel en las investigaciones realizadas por Clarín, no se incluían en la nómina, mientras que sí se incluían Cristina Aoki, la esposa de Franco (el coordinador de Recursos Humanos) . Los salarios percibidos por estas personas rondan entre los \$3.100 y los \$6.200.

A esta planilla de 380 contratados, se anexan dos más, una con 92 personas y otra más que eleva la cifra final a 510 nuevos miembros de la Secretaría de Ambiente.

Y, como para dejar las cosas aún un poco más confusas, en la respuesta oficial se omitió dar explicaciones sobre los antecedentes de cada uno de los contratados. Para justificarse, la informante alegó que “en relación a los antecedentes, los mismos se encuentran incorporados a los expedientes por los cuales

tramita cada uno de los contratos en cuestión, consulta”.
los que se encuentran a su disposición para su

Denuncian maniobras sospechosas con obras por \$ 1.800 millones

Fueron destinadas a los ferrocarriles. Un informe de la Auditoría General de la Nación señala que hubo adjudicaciones directas, falta de transparencia en los contratos y extensión indebida de concesiones con subsidios del Estado.

Órgano Contratante: Secretaría de Transporte de la Nación

Obra Contratada: Ampliación y Reparación de Ferrocarriles mediante subsidios otorgados a las empresas contratadas.

Fecha: 2005 a principios de 2008

Fuente: clarín.com, 22 de noviembre de 2009

La Auditoría General de la Nación (AGN), luego de analizar el manejo de los subsidios destinados a la ejecución de obras y reparaciones ferroviarias, detectó una serie de operaciones que beneficiaban a las concesionarias privadas que llevaron adelante las inversiones pagadas por el Estado. Y el término “beneficiar” no debe ser entendido en el sentido de “adjudicar vía licitación pública”, sino con una connotación negativa, ilegítima.

Existieron licitaciones, pero que finalmente se convirtieron en adjudicaciones directas, con falta de transparencia en las contrataciones, aprobación de obras sin presupuestos previos y concesiones provisorias extendidas en forma indefinida. Éstas son algunas de las principales irregularidades que advirtió la AGN, cuyos técnicos y auditores analizaron las 10 obras ferroviarias más relevantes que concretó la Secretaría de Transporte entre 2005 y primeros

meses de 2008, período en el que Ricardo Jaime estaba al frente.

“Con este informe queda en evidencia que el uso de los subsidios en el área de transporte sigue sumando deficiencias y manejos arbitrarios que afectan a los recursos públicos”, destacó el titular de la AGN, Leandro Despouy. Además, añadió que “con los cambios aprobados a partir de 2006, la Secretaría de Transporte permitió que las concesionarias se puedan autoadjudicar las obras pagadas por el Estado a través de sus compañías controladas que se dedican a las reparaciones ferroviarias”, y que “la utilización de los subsidios no se a enmarcado dentro de una política clara de cumplimiento de metas y de rendición de cuenta de las obras realizadas”.

Dentro de las anomalías que pone de manifiesto el informe de la AGN se encuentra el procedimiento dispuesto por la resolución

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

187/06 que se aparta de lo previsto en los contratos y en los plazos, y, en realidad implican una adjudicación directa a los concesionarios, permitiendo, a su vez, la subcontratación de los trabajos por parte de éstos. Esta resolución, se aparte

manifiestamente de los principios rectores en materia de contratación ya que no prevé mecanismos que garanticen la publicidad, igualdad, concurrencia y competencia de precios, explicó Despouy.

Las contrataciones directas del Estado

En un contexto de falta de transparencia y debilitamiento de los organismos de control se han incrementado de un modo irrazonable las contrataciones públicas directas.

Órgano Contratante: Estado Nacional

Fecha: contrataciones realizadas entre 2004 y 2009

Fuente: editorial del diario Clarín del 30 de enero de 2010, publicada en clarín.com

En materia de contrataciones y usos de los recursos públicos, el Estado promueve prácticas que favorecen la corrupción y causan perjuicios que deben ser soportados por el conjunto de la sociedad.

Como ocurre en otras dimensiones de la Administración Pública, muchas veces se esgrimen razones de urgencia para evitar el cumplimiento de los procedimientos legales. Este es el caso de la confección de 3,5 millones de libretas para los padres habilitados para cobrar la Asignación para la Niñez, un contrato de 42 millones de pesos que se tramitó en sólo dos días.

Pero esta contratación no es más que un ejemplo de una práctica estatal que muestra el predominio de la excepcionalidad por encima de los procedimientos normales.

Por ley, las contrataciones estatales deben ajustarse a un trámite licitatorio, el cual debe ser público, respetar de un modo igualitario a los oferentes y defender el interés colectivo. Sin embargo, entre 2004 y 2009 las compras directas -esto es, que no cumplen con dichas exigencias sea porque se aleguen razones de urgencia o se concreten por montos que no exceden los 75 mil pesos- llegaron casi a duplicarse, pasando del 35 al 63 por ciento.

Además, también se han denunciado diversas licitaciones que en sus pliegos incluyen requisitos de cumplimiento posible tan sólo por una contraparte en el mercado, la cual presentaría vínculos con las autoridades. En este renglón, y según legisladores bonaerenses opositores, el ejemplo de mayor actualidad se refiere al llamado a licitación de la autovía 2, la ruta más rentable de la Argentina.

Estos mecanismos de disposición de los recursos públicos logran persistir por la debilidad de los organismos de control y la falta de transparencia en el funcionamiento de los resortes del Estado.

Esta ausencia de voluntad y compromiso en luchar contra la corrupción provoca una

dilapidación de recursos que le pertenecen a toda la sociedad y señala una de las principales asignaturas pendientes para esta Argentina del Bicentenario.

Autorizan compras millonarias sin licitación pública por el Bicentenario

Órgano Contratante: Unidad Ejecutora de los Festejos del Bicentenario, dependiente de la Secretaría General de la Presidencia

Contrataciones: servicios de catering, iluminación, sonido y otras para los festejos del Bicentenario.

Fecha: octubre de 2009-mayo 2010

Fuente: lanación.com, 2 de mayo de 2010

El Festejo del Bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810 trajo aparejado una serie de improvisaciones que van desde una DECRETO de necesidad y urgencia para que el 24 de mayo sea también feriado (logrando así un fin de semana "extralargo") hasta la modificación, también vía DECRETO de necesidad y urgencia del régimen de contrataciones y compras del Estado para reducir los controles y facilitar los gastos relacionados con los actos con motivo del Bicentenario.

Concretamente, la presidenta Cristina Kirchner modificó por DECRETO el régimen de contrataciones con el objetivo de permitir que a la Unidad Ejecutora haga compras por hasta \$600.000 por contratación directa, de hasta 1 millón de pesos por concursos privados y que sólo deba llamar a licitación pública cuando el monto supere el millón doscientos mil pesos. Si

se comparan estos montos con los dispuestos por la legislación vigente, se podrá advertir que el límite a partir del cual es exigible la LP se ha cuadruplicado. Lo propio ha sucedido con la posibilidad de realizar contrataciones directas, en donde el límite también fue elevado cuatro veces, alcanzando los \$300.000.

"El "trámite simplificado" sólo puede aplicarse a las compras inferiores a 10.000 pesos, es decir, operaciones no demasiado relevantes. El trámite simplificado permite que incluso no se hagan públicas las compras y se limite mucho la competencia entre los oferentes, ya que se les pueden enviar invitaciones a participar "por cualquier medio". No obstante ello, varias convocatorias que parecen ajustarse a este mecanismo aparecieron en el sitio Web de la Secretaría General de la Presidencia.

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

Hasta ayer en la Secretaría General se estuvieron haciendo trámites para contratar el servicio de iluminación, de sonido, el catering, del escenario, la grabación de TV y sonido, todo utilizando el trámite excepcional, lo que permitió no hacer en ninguno de los casos licitaciones públicas”.

A esta serie de irregularidades, se le añaden otras, tales como las modificaciones del Presupuesto por falta de previsión, la reasignación de recursos a la Secretaria General de la Presidencia y utilización de superpoderes para modificar el presupuesto y asignar dinero a gastos totalmente previsibles.

El escrutinio se encargó por contratación directa

El Gobierno anuló una licitación; Indra es la gran beneficiada

Órgano Contratante: Ministerio del Interior de la Nación

Contratación: realización del Escrutinio para las elecciones legislativas del 2009

Fecha: Marzo de 2009

Monto aproximado de la contratación: 40 millones de pesos

Fuente: lanacion.com, 11 de abril de 2009

Con el objetivo de contratar a la empresa que iba a realizar el escrutinio para las elecciones legislativas 2009, el Gobierno realizó una LP internacional. Sin embargo, como se decidió que las elecciones se adelantarían 4 meses, dicha licitación fue anulada y, el método de elección del cocontratante fue la CD.

La publicación de la CD fue realizada el 30 de marzo y las presentaciones debían realizarse el 3 de abril, tan sólo 4 días después. Los abogados administrativistas consideraron este plazo como exiguo. Pero la Administración se excusó por la existencia de un llamado a licitación previo.

Fuentes del Ministerio del Interior y de INDRA comentaron a La Nación que ellos llegaron a tiempo con la propuesta porque ya habían comenzado a analizarla mucho antes, desde el 23

de febrero, época en la que se publicó el llamado a licitación pública internacional N° 3/2009 del Ministerio del Interior. No obstante ello, y a pesar del abrupto cambio de modalidad, sólo consiguieron adelantar la presentación de ofertas 10 días.

"El procedimiento fue transparente. No es que hubo poco tiempo para presentar ofertas. Los que ya estaban preparando la suya cuando se convocó a la licitación podían presentarse ahora a la contratación directa. El primer pliego se publicó con más de 40 días de anticipación", dijo a LA NACION una fuente del Ministerio del Interior. Casi la misma explicación esbozaron voceros de Indra: "La empresa venía preparando una oferta para la licitación pública y cuando cambiaron los plazos, aceleró el procedimiento para poder presentarse".

Los expertos en derecho administrativo consultados por el diario que publica la noticia manifestaron su sorpresa por el cambio de modalidad y que, si bien puede realizarse esta modificación, no debe perderse de vista que la regla siempre debe ser la LP y la excepción la CD. En este ejemplo se podría admitir la CD por tratarse de una situación de urgencia, en cuyo caso no tiene límites económicos para ser aplicable.

En cuanto a la experiencia de la empresa contratada, se conoce que ésta participó en las

elecciones de 1997, 1999, 2001, 2003, 2005 y 2007, lo cual la habilitó para participar de la licitación que exigía un curioso requisito: que los oferentes hayan prestado "servicios similares en la Argentina y/o en el extranjero, particularmente en aquellas [elecciones] donde han concurrido simultáneamente distintas categorías de cargos nacionales y provinciales". Requisito del cual INDRA puede jactarse.

Gastar más: contratación directa

Por corrupción o por mala administración, el Estado argentino dilapida sus recursos. Una investigación oficial demuestra que el 75 por ciento de las contrataciones que se hicieron durante el gobierno de Néstor Kirchner eludieron la licitación pública. La cartelización de los proveedores fue otra de las fallas detectadas

Órgano contratante: Gobierno Nacional

Contrataciones: estudio realizado sobre 50.000 órdenes de compras realizadas entre 2003 y 2005.

Fecha: 2003-2005

Fuente: lanacion.com, 3 de febrero de 2008

Durante la gestión del Presidente Néstor Kirchner, el 75% de las compras y contrataciones de bienes y servicios se hizo mediante una contratación directa y no por licitación pública. A su vez, el precio de compra pagado por diferentes organismos por un mismo producto (como combustible, leche en polvo, medicamentos, tonner, entre otros) varió entre 1 y 10 veces según el organismo contratante.

Éstos datos surgen de una investigación llevada a cabo por la Oficina Anticorrupción (OA),

finalizada en junio de 2007 pero recién publicada en febrero de 2008, fecha para la cual el Presidente cuestionado ya se había retirado oficialmente de la Casa Rosada. La muestra fue más que representativa: 50.000 órdenes de compra de bienes y servicios producidas entre 2003 y 2005. Además se analizaron 1014 expedientes de compras de 34 productos concretados por 15 organismos públicos durante el mismo período. En total, estos casos abarcarían el 60% del universo total de contrataciones analizadas.

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

El artículo que estamos comentando se permite el beneficio de la duda, al no expresar si la situación detectada se debe a la corrupción o a la ineficiencia de los funcionarios encargados de contratar. Es mas, pretende aclarar que no *siempre* que se hable de contrataciones directas se está hablando de corrupción, o de contrataciones entre funcionarios y familiares, amigos o empresarios vecinales. Mas aún, si bien será la práctica la que se encargue de demostrar lo contrario, el propio régimen *legal* de contrataciones las prevé como un sistema de selección del cocontratante con la misma jerarquía que el concurso de precios o la subasta pública. Para demostrar esta teoría, ejemplifica con que durante la gestión kirchnerista, un mismo producto fue adquirido por lo distintos tipos de procedimiento de compra y el precio obtenido en las licitaciones públicas no fue sistemáticamente inferior al de las LP.

Según Fleitas Ortiz de Rozas, "el trabajo permitió reproducir, a escala, un problema de nuestra administración que es antiguo y prolongado: cómo dar mayor transparencia, competitividad, eficiencia y economía a las compras públicas".

El sentido común, y las reglas de la micro y macro economía indican que si uno compra productos en cantidad, paga menos que si compra pocos. Y, si planifica qué necesitará adquirir, puede elegir cuándo y con quién hacerlos. Además, si se difunde bien qué necesita habrá más cantidad de oferentes y la ley de la oferta y la demanda, indica que los precios que se podrán obtener serán menores. Parecería ser que, en el Estado, estas premisas de comprobación empírica no se aplican.

Parecería ser, que el Gobierno, pretende ser la excepción que confirme la regla.

Entre otras conclusiones a las que arriba el Programa Contrataciones Públicas Transparentes de Poder Ciudadano, se encuentra el hecho de que en el Estado existe una falta de programación de lo que se adquirirá (porque generalmente los organismos repiten cada año el pedido del monto de su presupuesto ejecutado con un 20% de más, sin vincular los objetivos o acciones previstas para el año siguiente), la alta discrecionalidad de los funcionarios -para decidir desde qué objeto comprar hasta a quién o cuándo comprarle-, la ausencia de control en todas las etapas, ya que no hay un sistema metódico que controle en tiempo real lo que el Estado adquiere y tampoco hay control de resultado para confirmar si lo que se compró, sea caro o barato, sirvió para los fines para los que se adquirió".

A esto se suma otro escenario negativo: la cartelización del mercado que impacta sobre el erario público:

La gran torta de los proveedores de 34 productos de distintos rubros que se han analizado se distribuye de la siguiente manera:

- **51% del gasto total** en manos de **4 proveedores**
- **70% del gasto** en manos de **10 proveedores**
- **80% del gasto** en manos de **15 proveedores**
- **90% del gasto** en manos de **27 proveedores**

En aquellos casos en que se han contratado con un gran número de empresas, el gasto principal

se concentra en unos pocos:

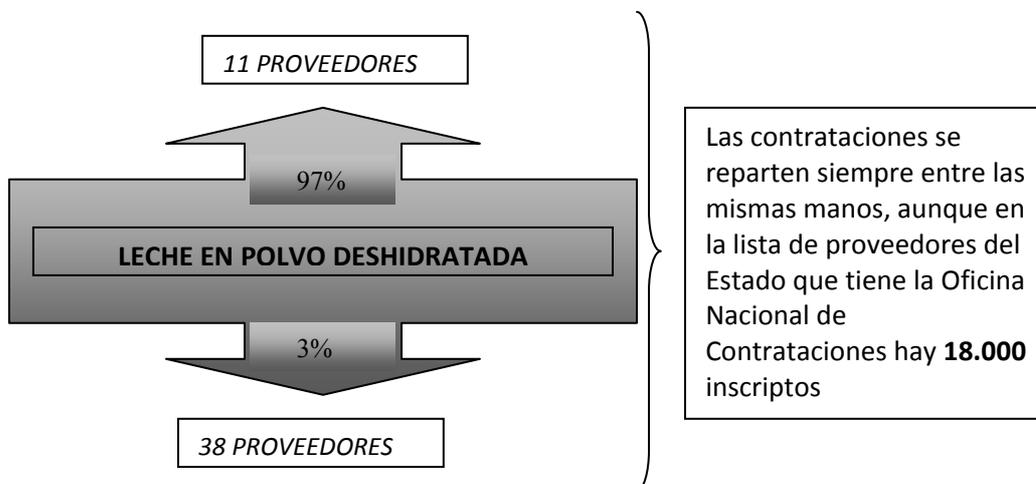


Figura 6: Ejemplo de la desigual distribución de proveedores del Estado.

Las principales empresas que componen el rompecabezas de contrataciones del Estado dentro de los rubros más comprados son:

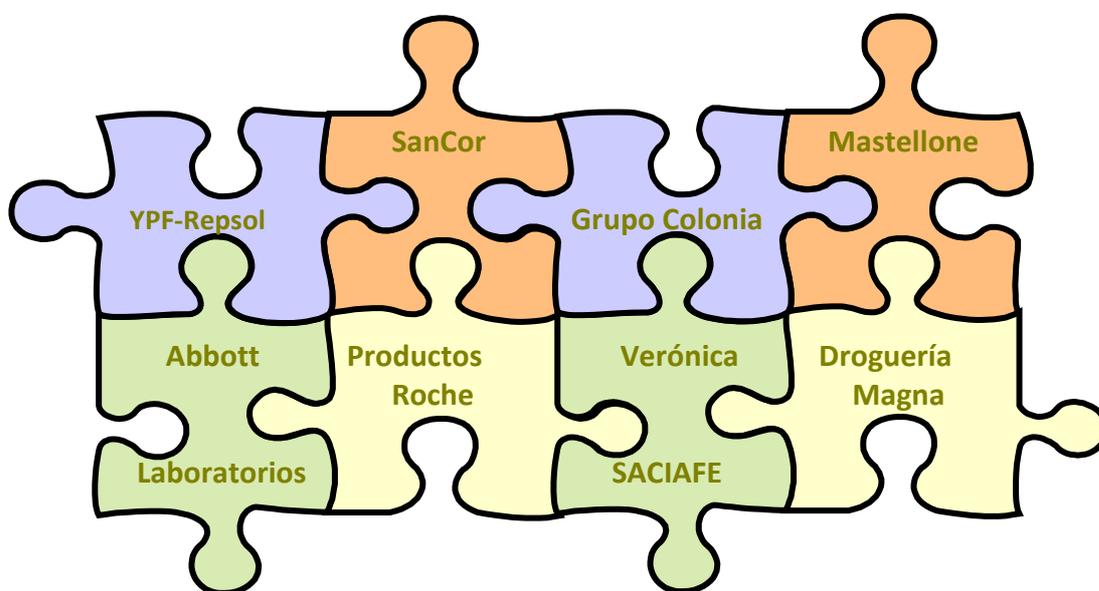


Figura 7: Principales empresas proveedoras del Estado

Otra de las cifras importantes que arroja la investigación es que el riesgo que presenta el

diseño del régimen de contrataciones, en lo que respecta al marco legal e institucional es de

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

un 35%. Sin embargo, la práctica presenta un 64% de riesgo. Esto significa que las normas están, son correctas y podrían garantizar un modelo de selección del contratante público, transparente y que asegure la igualdad en un 65%, pero esa probabilidad, en el proceso de pasar de la teoría a la práctica disminuye a un 36%. Esta es una realidad que se repite en todos los países de Latinoamérica y que tiene una de sus mayores fuentes en el abuso de la contratación directa, la cual se maneja en general, sin ninguna transparencia, y en el abuso de los mecanismos excepcionales a la licitación pública, tal como asegura Marcela Roza, coordinadora del Programa de Contrataciones Públicas de Transparencia Internacional.

Si bien acá nos referimos al gobierno de Néstor Kirchner parece ser que los gobiernos pasan,

pero los vicios y las excusas quedan flotando sobre el ambiente y son padecidos y utilizados por los distintos funcionarios públicos. En Argentina, aparentemente, nos apremia la urgencia y nos apabulla la burocracia. Al menos éstos los pretextos interpuestos para justificar la CD. Pretextos utilizados tanto en el mandato de Kirchner como en el de Menem, cuando se les preguntaba judicialmente por ejemplo, el motivo de la CD a Víctor Alderete, María Julia Alzogaray o Claudio Bello para casos como el pago de sobrepagos por compras irregulares en el PAMI, lujosas refacciones en la Secretaría de Medio Ambiente o millonarias consultorías por el temido efecto Y2K, que, según decían entonces, haría colapsar todos los sistemas informáticos en el año 2000.

Rivara: "No hay ningún delito"

Dijo que la denuncia es "política"

Órgano contratante: Ministerio de Desarrollo

Contratación cuestionada: Contratación de la empresa en la que el ministro de Asuntos Agrarios es accionista

Fuente: lanacion.com, 26 de abril de 2005

La denuncia que el 26 de abril de 2005 formalizaron los diputados aristas ante la Justicia, a pesar de tener como eje presuntas violaciones a leyes provinciales no parece inquietar a Raúl Rivara, el funcionario denunciado.

"Daré todas las explicaciones que tenga que dar, sin problemas", dice el ministro de Asuntos Agrarios de la provincia a LA NACION.

El funcionario, que ocupó los ministerios de Infraestructura y Seguridad durante la administración de Felipe Solá, no ve contradicción entre ser funcionario y que la empresa que construyó su padre, y de la cual mantiene un 22,5 por ciento de las acciones, sea proveedora del Estado.

"Es cierto, soy accionista de la empresa, pero no integro el directorio desde hace casi diez años.

Julieta Carossio

Esta es una empresa familiar, pero no estoy al tanto de sus decisiones empresariales", dice con tono sereno en diálogo telefónico con LA NACION.

-¿No es contradictorio ser funcionario y que su empresa sea proveedora?

-No, porque esta empresa es proveedora del Estado desde antes de que yo fuera funcionario. No es que me enriquecí desde la función pública; nuestra empresa factura 50 millones de pesos por año, una cifra muy inferior a la que estamos discutiendo.

-¿No ve al menos un problema ético en la adjudicación?

-No, que sea funcionario no significa que una empresa de la que no tengo control no pueda participar de una licitación y ganarla.

-Hoy conduce el Ministerio de Asuntos Agrarios...

-Sí, pero no tengo nada que ver con la fabricación de harina, de la que se ocupa el

Ministerio de Producción, y las compras las hace Desarrollo. Si fuera por eso, no podría haber asumido ni como senador provincial (lo fue desde 1995 hasta 1997).

Rivara desmiente que la adjudicación de la provisión de harina se haya dado por "contratación directa" y al "contado anticipado", tal cual figura en el DECRETO 344. "Se denomina compra directa para apurar el trámite, pero, por lo que sé, la compra atravesó un proceso de licitación", afirmó.

-No ve dolo, entonces...

-De ninguna manera. Estoy dispuesto a dar todas explicaciones que sean necesarias. En los fragores de la interna política todo vale (se ríe).

Sentado a ambos lados del mostrador

Es Rubén Octavio Calderón. Asesor del legislador Fernando de Andreis y reconoció ser abogado de Aparo Construcciones. Esa empresa obtuvo varias contrataciones directas del gobierno porteño, a pesar de haber dejado varias obras sin terminar.

Órgano Contratante: Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

Contrataciones cuestionadas: múltiples obras de gas, agua y cloacas contratadas directamente y ninguna de ellas finalizadas correctamente

Fecha: 2006 a 2009

Fuente: diario Crónica, 15/04/2010.

Aparo Construcciones S.A. es una empresa especializada en redes de gas natural, cloacas, agua y viviendas sociales. Durante el gobierno

de Jorge Telerman, ganó una licitación para hacer obras en el barrio Calaza. A pesar de que en 2006, la empresa paralizó los trabajos de

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

agua y cloacas y reclamó un adicional que representaba el 66,75 por ciento del monto original y de que en 2007, la Procuración porteña no aprobó ese pedido y la empresa abandonó las obras, el Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC) terminó firmando una conveniente acta de neutralización que libró a Aparo Construcciones de toda responsabilidad. En 2008 el IVC volvió a otorgarle una obra pero esta vez no por una licitación, sino por CD, que implicaba una suma total de 1.371.157 pesos. Di Filippo (Presidente de comisión de la Vivienda de la Legislatura) objetó al IVC esta contratación porque Aparo nunca había terminado las obras del barrio Calaza y advirtió que en el pliego de esa contratación directa se especificaba que *“no podrán ser oferentes quienes (...) hubieran incumplido, parcial o totalmente, contratos de obra pública”*. Aparo recibió igual la contratación directa.

Las obras se debían iniciar el 22 de septiembre de 2008 y tenía un plazo de tres meses para terminar las refacciones en viviendas. El 7 de noviembre de ese año llevaba hechas 25 de las 105 obras asignadas por el contrato con el IVC. El 12 de mayo de 2009 tenía un avance de apenas el 12,63 por ciento del total y alegaba *“incapacidad operativa”* para concluir las obras. Los representantes de Aparo sostuvieron ante el IVC que se la cedieron a otra empresa, Ajimez S.A., pero no entregaron ningún documento que corroborara esa afirmación. Del monto inicial, en mayo habían cobrado 241.803,26 pesos. A pesar de esto, obtuvo también la contratación para obras de agua y cloacas en la villa 3, la 15 y en la 1-11-14.

Aparo recibió de la gestión PRO al menos otras cuatro contrataciones directas para la instalación de gas: en la Escuela de música “Pedro Esnaola” por 428.399,27 pesos; en la escuela 26 “José Mármol”, por 124.195,15 pesos; en la escuela 10 del distrito escolar 6, por 114.255,46; y en la Escuela 12 “Reconquista”, por 105.099,98 pesos. Según pudo constatar el equipo de Di Filippo, las últimas dos tienen los trabajos de instalación suspendidos. En los colegios, dicen que es por falta de pago del gobierno porteño. Y en otros dos se quejaron de que los trabajos estuvieron mal hechos.

Este panorama, que de por sí resulta dudoso o sospechoso, parece tener una razón de ser, la cual, lógicamente, no supera el mínimo análisis jurídico: *“Pero Aparo demostró tener vínculos políticos muy fuertes, que se ven en la casualidad de tener un abogado de su firma trabajando en la Legislatura para un diputado del PRO”*, señaló Di Filippo, en referencia a Fernando de Andreis, quien encabezó la lista de legisladores de PRO en la última elección. Rubén Octavio Calderón, asesor en Vivienda de De Andreis, reconoció ante Página/12 que es abogado de Aparo, pero se desdijo cuando cayó en la cuenta que hablaba con este diario. Finalmente, terminó por revelar que asesora informalmente al dueño de esa empresa. *“Estoy y no estoy”*, afirmó.

Con una invocación al interés general y el bien común entre 1994 y 2001 el Estado vendió por 3,5 millones de dólares terrenos que valían doce veces más a cincuenta propietarios de Barrio Parque, el más cotizado del país. El principal beneficiario fue Gianfranco Macri, quien duplicó la superficie de su propiedad. Un DECRETO de Videla&Martínez de Hoz y dos de Menem.

Órgano Contratante: Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN). Órgano dependiente del Gobierno Nacional.

Contratos Cuestionados: venta de terrenos fiscales ubicados en Barrio Norte a precio vil.

Monto aproximado: 3,5 millones de dólares/pesos

Fecha: 1994-2001

Fuente: Diario Crónica, 20/06/2005

Entre 1994 y 2001, se realizó la venta por contratación directa a un precio doce veces inferior al del mercado a cincuenta propietarios de viviendas en el barrio mejor cotizado de la Argentina: terrenos en Barrio Norte a \$500 el metro cuadrado. Las parcelas en cuestión lindaban con las viviendas de los compradores y habían sido propiedad de los ferrocarriles Mitre y San Martín y luego de Ferrocarriles Metropolitanos.

Los principales compradores son hombres y mujeres de negocios industriales, financieros, comerciales, inmobiliarios y agropecuarios, operadores políticos, intelectuales, periodistas, herederos de oficiales de las Fuerzas Armadas que desempeñaron cargos de importancia luego de los golpes militares de 1955, 1966 y 1976, y un eclesiástico.

La decisión, tomada durante el gobierno de Carlos Menem, incrementó la propiedad original de Gianfranco Macri casi en un 100% y a Elena Lynch de Grondona en un 80%. Estos terrenos, ya abandonados, pertenecían al ferrocarril, y, según sostienen quienes

defienden su compra, no constituían parcelas autónomas y sólo podrían venderse a los propietarios linderos. Por su parte, la tasación particular de viviendas que realizan las inmobiliarias, asciende al precio de 3,5 millones de dólares, lo que torna al precio oficial como vil.

De Videla a Menem

Jorge Videla y sus ministros de Economía José Martínez de Hoz y de Justicia Alberto Rodríguez Varela firmaron, en 1981 un DECRETO que establecía que las ventas inmobiliarias de bienes del Estado se realizarían por remate o licitación pública. En realidad, esta disposición, no hace mas que confirmar todo aquello que se viene tratando en el presente informe.

A pesar de que, como dice el dicho, lo que abunda no daña, parece ser que, aunque abunde una norma, puede ser inobservada impunemente. Esto fue lo que sucedió cuando Menem, en 1991, reglamentó la ley de emergencia económica y el DECRETO número 2137 sobre venta de inmuebles fiscales

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

innecesarios para el cumplimiento de las funciones estatales o de la gestión de sus entres descentralizados. Concretamente, estos DECRETOS hacen uso-abuso de las excepciones a la LP previstas por los de Videla, y alegan la necesidad de realizar una CD porque las circunstancias técnicas, sociales, económicas o de interés general así lo justificaban. A esto se añade que, según las voces oficiales, no era razonable llamar a licitación pública *“porque se alteraría el principio de igualdad entre los*

oferentes dado que el único calificado para participar en la misma no sería otro que el propietario de la parcela lindera”. Además, posibilidad de obtener precios un 20% superiores a los de la LP y la necesidad de obtener recursos genuinos en forma inmediata terminaron por justificar por completo la venta de estos 50 terrenos que incrementaron en 3,5 millones de dólares las arcas del Estado Nacional.

El municipio pagará 25% más por el mantenimiento de espacios verdes

Firmaría un nuevo contrato con Desarrollo del Sur, que, salvo en el río, lleva 22 días sin cortar yuyos.

Órgano Contratante: Municipalidad de Córdoba

Contratación Cuestionada: la limpieza y mantenimiento de los espacios verdes de la ciudad Capital.

Monto Aproximado de la Contratación: \$11,35 millones

Fecha: Diciembre de 2009

Fuente: lavoz.com, 12 de noviembre de 2009

Hacia finales de 2008, la contratación que había realizado el municipio de la ciudad de Córdoba con Desarrollo del Sur, Sociedad del Estado, para que limpie y mantenga los espacios verdes de la ciudad llegó a su fin. Frente a esto, la Municipalidad de Córdoba decidió recontratar a Desarrollo del Sur por medio de una CD.

Sin embargo, este nuevo contrato implica un aumento del 25% del precio que le venía pagando hasta entonces, lo que elevaría la suma a 11.35 millones de pesos por 12 meses de trabajo, según los valores cotizados por la posible empresa contratada, en razón de que

se han aumentado en 300.000 los metros² a desmalezar y, el precio del contrato anterior había sido fijado en el 2006, momento a partir del cual se congeló.

Carlos Carreras y Raúl Giménez, delegados del Suoem en el área de Espacios Verdes, cuestionaron el nuevo contrato, esgrimiendo que se van pagar sobrepagos y de ningún modo se va a lograr un ahorro para el municipio, objetivo que pretendía el Ejecutivo cuando firmó el primer contrato en octubre de 2008. Sin embargo, la polémica y la mayor crítica que se realiza fue no haber utilizado un

Licitación Pública para elegir al nuevo responsable del mantenimiento de los espacios verdes ya que, como ellos asegura, habría muchos interesados y con ofertas muy competentes, por lo que la elección “no fue transparente”.

En contraposición a esto, el director de Espacios Verdes municipal, Álvaro López, Respondió que ““No se hizo una licitación porque rige una ordenanza que permite las contrataciones directas entre sociedades del Estado como Desarrollo del Sur y como Crese (la empresa municipal de la basura)”.

Eninder, una entidad sin transparencia

Una serie de irregularidades de estructura y de funcionamiento hace necesaria la revisión de ese ente intermunicipal.

Obras Cuestionadas: todas las obras que realicen los municipios o comunas adheridas deberán realizarse con Eninder.

Fecha: julio de 2000

Fuente: lavoz.com, 1 de agosto de 2009

Eninder es una entidad civil sin fines de lucro denominada Ente Intermunicipal para el Desarrollo Regional creada el 13 de julio de 2000 a partir de una autoconvocatoria que realizaron los intendentes de Villa María, Villa Nueva, La Carlota, Alejandro Roca, General Deheza y Las Perdices.

Si bien ésta es un instituto no sólo permitido, sino incluso fomentado por la Propia CONSTITUCIÓN provincial, lo particular de este ente es la adjudicación de una serie de facultades un tanto exorbitantes:

- los intendentes que la forman podrán percibir “un porcentaje de las utilidades”, además de los “anticipos de utilidades” que percibirá la entidad *sin* fines de lucro.

- se otorga la potestad de actuar en las localidades referidas, en toda la provincia, en todo el país y en el resto del mundo. Esto,

claramente, excede las facultades autónomas de los municipios.

- pretende “asistir a los municipios y comunas que lo integran, (...) directamente o a través de terceros, en la prestación de servicios públicos, construcción de obras públicas, diseño de estrategias conjuntas de financiamiento, recupero de acreencias, incremento de la capacidad recaudatoria, radicación de emprendimientos, y todo otro tema que haga al mejoramiento de los estados y de sus habitantes”, a pesar de que sólo tienen un capital inicial de \$3.000.

- Y aquí, lo que más interesa a los fines de este trabajo: los municipios o comunas que se incorporen como socios adherentes deberán comprometerse a “confiar al ente la ejecución de obras o servicios”.

Es decir, al contrario de los ejemplos que se vienen desarrollando, en donde un organismo

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

público contrata “libre y directamente” con un particular, aquí es la propia entidad compuesta por Municipios (que no fue creada por ninguna ley provincial, ni está controlado por nadie y

que ofrece un capital insignificante) la que obliga que otros organismos públicos la contraten indefectiblemente.

CAPÍTULO 5

INSTRUMENTOS PARA PROMOVER LA TRANSPARENCIA Y EL CONTROL SOCIAL EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

1- Prestación de servicios informáticos - Provincia de Mendoza, 1996

2- Procedimiento de consulta para la adquisición de textos escolares

Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, 2002/03

3- El caso Morón Servicio de recolección de residuos domiciliarios

Municipio de Morón, 2000



6- Capítulo 5

Instrumentos para Promover la Transparencia y el Control Social en las Contrataciones Públicas

A causa de la intensa crisis de legitimidad que atraviesa la democracia representativa en la Argentina, las instituciones estatales resultan ineficientes para actuar como mediadoras o como absolutas garantizadoras del interés general y las demandas sociales. Ante ello, crecen las corporaciones y los intereses particulares que hacen uso de los recursos públicos y estatales, que logran llenar, en interés propio, los espacios vacíos del gobierno.

A esta situación, y al riesgo que genera ello en la capacidad de sostener al Estado, a los representantes y a la ciudadanía dentro de un mismo tejido social, produciendo distanciamiento entre los sectores que deben encontrar representación y aquellos que deben representarlos, hay que sumarle otra cruel realidad:

En el ranking de países considerados por el Índice de Percepción de Corrupción elaborado anualmente por Transparencia Internacional, la Argentina tuvo una performance poco ejemplificadora:

AÑO	POSICIÓN	PUNTAJE
2001	57	3,5
2005	97	2,8
2009	106	2,9

Figura 6: **Corrupción estructural**- En este ranking, el puntaje es de 10 al menos corrupto y de 1 al más. Otros países en situación crítica son Bolivia, Guayana, Paraguay, Venezuela y Haití (con sólo 1,8 puntos) Fuente: Índice de Corrupción Internacional de Transparencia Internacional.

Frente a esta situación, la organización no gubernamental *Poder Ciudadano*, desde hace más de 16 años ha desarrollado herramientas de participación ciudadana y lucha contra la corrupción, en muchos casos, puestas en práctica en contrataciones públicas concretas donde los resultados han sido muy favorables.

Se ha decidido intervenir en este ámbito ya que los países latinoamericanos son grandes compradores de bienes y servicios, pero también son pésimos pagadores. Se calcula que el gasto de la región llega al 15% del producto bruto interno (unos 250.000

millones de dólares al año), y que los sobreprecios pagados son de hasta el 40% del valor del mercado.

Considero que, luego de haber estudiado tan profundamente la legislación en materia de contrataciones y de haber ejemplificado, a través de los artículos periodísticos qué es lo que sucede en la realidad, sería desalentador terminar un trabajo con un panorama tan oscuro.

Parte de los desafíos que nos tocan como profesionales del futuro es, más allá de tener una visión crítica, tener una visión pro activa y positiva.

Esto implica proponer soluciones innovadoras, *sui generis* y difundir aquellas posibles alternativas que están emergiendo tanto desde los campos jurídicos más específicos (sea doctrina, proyectos de ley o jurisprudencia que, como suele pasar previo a un cambio de postura jurisprudencial, comienza siendo a través de la disidencia) como de la propia sociedad y las organizaciones no gubernamentales que buscan llenar los espacios vacíos que se dejan.

Creo que sería un tanto limitada la visión que sólo muestre el lado negro de la realidad teniendo en cuenta, además, que los ejemplos utilizados son sólo una muestra de ella, y que son extractos periodísticos, en los cuales si bien predomina la objetividad, nunca va a serlo totalmente y menos si ponemos bajo la lupa la lucha desatada contra los medios.

Por lo tanto, habiendo ya trabajado con los *tres poderes* clásicos (el Legislativo, a partir del análisis de la Ley, el Judicial con sus aportes jurisprudenciales y el Ejecutivo con sus DECRETOS y contrataciones dudosas) y con el llamado "*cuarto poder*" (ejercido a través del periodismo) se propone ahora estudiar al "*quinto poder*" el **poder ciudadano**. Entendiendo por tal tanto a la organización homónima como a la ciudadanía en general, comentando cuáles son los aportes que, a partir de su participación activa y control puede realizar.

A continuación se presentarán 3 casos concretos en los cuales ha tenido participación Poder Ciudadano y el poder ciudadano, es decir, a través de la intervención de la ONG se ha logrado que la ciudadanía, comprendida por tanto por las

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

personas que serían afectadas y/o beneficiadas por las contrataciones a realizar como por los posibles contratantes.

Estos ejemplos se encuentran en un *Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas*, con el cual se pretende suplir la carencia de material bibliográfico que posibilite a la sociedad civil y a la ciudadanía en general conocer cómo funciona el sistema nacional de contrataciones públicas. La importancia de satisfacer esa carencia surge claramente a partir de la incalculable trascendencia que las contrataciones públicas tienen sobre el desenvolvimiento cotidiano de la ciudadanía. El objetivo último de este manual es más que plausible:

“(...) nos proponemos crear una herramienta que permita generar transparencia en la gestión pública, rompiendo con aquel maniqueísmo que en una visión dicotómica piensa al espacio de la sociedad civil per se como un ámbito `virtuoso` frente a un espacio estatal ineficient., Pretendemos recuperar la praxis política como actividad transformadora de lo social, donde los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil desempeñen un rol activo en la mejora de la calidad de vida mediante su propio accionar”

⁸⁸

Prestación de servicios informáticos

Provincia de Mendoza, 1996

Herramienta: Audiencia pública

Contexto:

⁸⁸ ARENOSO FEDERICO op cit pág 25.

Desde 1972, la provincia de Mendoza contrató servicios informáticos a la misma empresa para las áreas de Rentas, Registro de las Personas y Catastro. El monto del contrato por año no era muy significativo, pero con el correr de los años la cifra acumulada se tornó considerable. Este contrato se había renovado por diversos mecanismos en distintos momentos. Existían dos denuncias penales presentadas por miembros de la oposición política con motivo de las renovaciones del contrato. Hacia 1996 y ante la necesidad de renovar la contratación de una empresa que prestara servicios informáticos, el gobernador de la provincia de Mendoza se encontraba en la necesidad de diseñar un sistema de contratación que garantizara que, cualquiera que fuese la empresa contratada para proveer los servicios, no hubiera objeciones legales o sustanciales respecto de la selección. La provincia había producido un prepliego del contrato, en el que intervinieron 25 funcionarios de distintas áreas y jerarquías, con el objetivo de evitar una situación de colusión entre los propios funcionarios. El problema consistía en que si el prepliego se había elaborado beneficiando a un proveedor particular, cualquier intento de garantizar transparencia dentro del proceso sería en vano.

De esta forma, el escenario con el que se enfrentaba la licitación era sumamente complejo y se destacaban tres grandes problemas por resolver:

Técnico: los funcionarios no conocían cuál era el requerimiento informático adecuado ni si estaban en condiciones de cambiar un proveedor por otro sin afectar su capacidad operativa.

Político: la relación con la empresa no era la mejor debido a las denuncias originadas en su contra.

De gestión: se necesitaba desarrollar un proceso confiable, que permitiera elaborar un pliego de bases y condiciones que garantizara igualdad, participación y competencia.

Audiencia pública

La forma de garantizar a la administración provincial que en poco tiempo podía diseñarse un pliego objetivo y libre de sospechas de corrupción fue someterlo a una AP, en la que se definiría el contenido del pliego a partir de la información y las opiniones de todos los interesados.

El problema que se presentaba era que las definiciones no tenían antecedentes directos. No se conocían otras audiencias públicas que hubieran tenido como objetivo discutir las condiciones de un pliego de compras y su apertura a la competencia. Por lo tanto, se trataría de la primera experiencia de este tipo en la provincia de Mendoza.

A mediados de 1996, el gobernador de la provincia de Mendoza había recibido a Peter Eigen, presidente de Transparencia Internacional en ese entonces. Unos meses más tarde, en noviembre, Poder Ciudadano, capítulo argentino de Transparencia Internacional, fue convocado para colaborar, como observador externo, en el proceso de AP. El objetivo de la convocatoria fue, por un lado, receptor opiniones y propuestas para la confección del pliego de condiciones generales y particulares del servicio informático para la Dirección General de Rentas del Gobierno de la provincia de Mendoza. Por el otro, lograr que

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

dicho pliego se confeccionara en condiciones de transparencia e igualdad para los potenciales oferentes y que mejorara la calidad de la decisión que iba a adoptar la Administración. Entonces, por disposición del gobernador, se designó al responsable del Comité de Información Pública a cargo de la AP preparatoria. Esta parte de la convocatoria fue fundamental para alcanzar los objetivos de la audiencia. Las actividades realizadas explican, en buena medida, los resultados positivos que se dieron en la audiencia. Como primera medida, se incorporó toda la documentación oficial correspondiente. Se habilitó el registro de participantes con constancias de inscripción y los estudios, informes, propuestas y opiniones de los participantes en la audiencia. Por otro lado, se realizaron comunicaciones públicas a través de medios gráficos y audiovisuales de carácter local y nacional sobre la AP, así como comunicaciones personales a funcionarios públicos y políticos del ámbito local y nacional. Durante la AP se puso a disposición del público toda la información contenida en el expediente y se mantuvo un registro del público asistente.

Una vez concluida la audiencia, se habilitó un plazo de 48 horas para realizar nuevos aportes por escrito al expediente. El resultado de la audiencia respecto del objetivo planteado fue altamente positivo. Por un lado, se registró un alto número de inscriptos (48 participantes) y sólo se registraron unas pocas ausencias durante la audiencia pública. Los inscriptos, a su vez, representaban un amplio arco de intereses. Se presentaron empresas interesadas en la oferta, peritos independientes, técnicos, académicos, legisladores, sindicalistas y

miembros de colegios profesionales, entre otros. La máxima autoridad estuvo presente durante el desarrollo de la AP. El gobernador de la provincia, la ministra de Economía y el director del Comité de Información Pública estuvieron permanentemente a cargo de la AP, lo cual demostró la importancia que el tema tenía en la agenda de las autoridades.

La audiencia tuvo una numerosa concurrencia y se desarrolló en un contexto de orden, en el cual todos los participantes tuvieron el tiempo adecuado para completar sus presentaciones. Se mantuvo la continuidad de las exposiciones y se realizó un uso muy racional del tiempo por parte de los inscriptos, lo cual permitió concluir la audiencia en el término de 6 horas.

Los participantes mostraron un alto nivel de compromiso con la convocatoria y de responsabilidad en la calidad de sus presentaciones. Es necesario tener en cuenta que el proyecto oficial existente fue incorporado a la AP como una opinión más para tener en cuenta. Esto implica que los participantes debieron realizar presentaciones en términos positivos, sin perjuicio de que varios realizaran observaciones críticas a esa propuesta y otras alternativas posibles.

Esto permitió cumplir el objetivo de contar con la mayor cantidad de opiniones sobre este tema. Durante toda la AP se cumplió la regla de permitir la consulta permanente de toda la información que se incorpora al expediente. Nuevamente, los participantes expresaron su reconocimiento a este hecho, cualquiera que haya sido el carácter o contenido de sus presentaciones.

Conclusiones

A través de este proceso, se realizaron propuestas y se elevaron opiniones de diversas alternativas que permitieron obtener un pliego adecuado a las necesidades técnicas. Se creó un comité técnico independiente, evaluador de las propuestas, que participó de la audiencia como

observador y mediante informes respectivos evaluó las distintas propuestas. Este elemento adicional permite una mayor garantía de igualdad en la evaluación de las propuestas.

En estos términos, se logró elaborar el pliego rector de la contratación respetando los principios de competencia, igualdad y con la efectiva participación de la ciudadanía.

Procedimiento de consulta para la adquisición de textos escolares

Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, 2002/03

Herramientas: Pacto de Integridad

Discusión participada de las bases para la selección de textos

Discusión participada del pliego de condiciones de la compra de Textos.

Sistema de declaraciones juradas para evitar conflictos de interés

Contexto

El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología (MECyT) había promovido durante el año 2002 un procedimiento de selección para la adquisición de 3.315.000 textos escolares con el objeto de proveerlos a 8º y 9º año de EGB 3 y nivel Polimodal de todo el país. La suma ascendía a 42 millones de pesos, de los cuales 37 provienen de un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y los restantes 5, de fondos propios del Ministerio. Debían distribuirse dos textos de asignaturas básicas a ser elegidos por las provincias para todos los alumnos de las escuelas que reciben becas.

En pleno trámite del procedimiento de selección, diversas editoriales participantes plantearon objeciones vinculadas especialmente a los criterios de evaluación utilizados para la selección de los textos, los especialistas intervinientes en esa evaluación y el procedimiento en las jurisdicciones locales. En consecuencia, el MECyT dispuso suspender la aprobación definitiva de la preselección de los textos escolares que iban a adquirirse, hasta tanto el Comité de Adquisiciones del BID se expidiera sobre las cuestiones planteadas. En razón de lo apuntado, y de las impugnaciones efectuadas por las

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

editoriales, el BID consideró conveniente que se anulara el proceso iniciado y que se instrumentara uno nuevo en el que se independizara la etapa de selección académica- curricular respecto de la compra en sí, haciéndoseles conocer previamente a todos los participantes las reglas que regirían el nuevo proceso de evaluación. Sobre la base de estos antecedentes, se dejó sin efecto el procedimiento de selección de textos realizado durante 2002 y parte de 2003. En el plano organizacional, a partir de los inconvenientes surgidos en este proceso, y dada la importancia que revestía la compra de textos escolares destinados a 1.815.000 alumnos de escuelas carenciadas del país, el ministro de Educación resolvió convocar a Poder Ciudadano para retomar este proceso que comenzó en septiembre del 2003.

La participación de Poder Ciudadano estaba orientada a garantizar un procedimiento transparente y la participación más completa e integral en condiciones de igualdad de todas las editoriales interesadas en el proceso de selección de textos escolares para la compra directa que llevaría adelante el MECyT, más específicamente en lo siguiente:

- Impulsar la participación de las editoriales en la preparación de las bases para la selección de textos y del pliego de condiciones de la compra.

- Promover mecanismos que eviten conflictos de intereses en los miembros de las comisiones asesoras encargadas de seleccionar los textos.

- Proveer al organismo público involucrado el soporte técnico relacionado con la modalidad de adquisición implementada.

- Propiciar la adquisición de libros de texto de mayor calidad y menor precio acorde con los objetivos y posibilidades del organismo público interviniente.

- Utilizar el debido soporte jurídico y técnico necesario para garantizar un contrato administrativo acorde con el interés general y la legalidad de los actos en los que participa el Estado, a través de uno de sus organismos.

Fue así como se suscribió el Convenio de Cooperación entre la Fundación Poder Ciudadano y el MECyT, en el que se acordó generar un escenario transparente en el marco del cual se desarrollará el proceso de selección de textos escolares para la compra directa que llevará adelante el Ministerio, en el marco del programa mencionado más arriba.

Implementación de las herramientas

Fase inicial

a) Pacto de Integridad en el cual participaron 48 empresas editoriales y el Ministerio. Se establecieron nuevas pautas a cumplir en forma coordinada entre el Estado y los oferentes. Todos se comprometieron a no recibir sobornos.

Fase intermedia

b) Discusión participada de las bases para la selección de textos. Esta herramienta tuvo como objetivo promover un escenario abierto y participativo en el marco del cual el sector privado involucrado en el proceso contribuyó a generar reglas de juego claras que promovieran la transparencia del procedimiento.

Durante el encuentro todas las editoriales intervinientes y los representantes de las Cámaras tuvieron ocasión de opinar y hacer llegar sus sugerencias sobre el proyecto de bases sometidas a discusión. Las intervenciones fueron múltiples, lo que permitió que los distintos interesados intercambien entre sí y con la ayuda de Poder Ciudadano y los funcionarios del MECyT distintas ideas y posiciones.

c) Discusión participada del pliego de condiciones de la compra de textos.

En esta oportunidad se discutieron cuestiones relacionadas con la presentación y admisibilidad de las ofertas, la adjudicación, el perfeccionamiento del contrato y la etapa de ejecución (incluyendo entrega y características de los textos por entregar).

d) Sistema de declaraciones juradas para evitar conflictos de intereses en la Comisión Asesora Nacional (CAN)

A partir de los antecedentes relacionados con las impugnaciones del proceso

desarrollado el año anterior, en lo que respecta a la composición de la comisión encargada de la selección de los textos escolares, se estableció un sistema que contempla la identificación de conflictos de intereses, en aquellos miembros de la CAN, encargada de recomendar los textos escolares a los niveles provinciales.

Para asegurar la transparencia y la imparcialidad del desempeño de los integrantes de la CAN, se ha previsto que cada uno de ellos complete una declaración jurada

Conclusiones

A través de las **discusiones participadas**, tanto de las bases para la selección de textos como del pliego de condiciones de la compra, las empresas editoriales realizaron las observaciones y sugerencias que les mereciera el proyecto para la selección de los textos escolares, con lo cual contribuyeron a asegurar condiciones de objetividad en los criterios de selección.

Mediante la firma del **Pacto de Integridad**, en el cual participaron todas las empresas oferentes y el MECyT, se establecieron nuevas reglas de juego y se logró un escenario transparente, de libre competencia entre los oferentes y el Ministerio.

A través del establecimiento del mecanismo de **declaraciones juradas para evitar conflictos de intereses** de los miembros de la CAN, se logró evitar las

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

posibles irregularidades que podrían haberse presentado en la selección de los textos. De esta manera, las propias editoriales participaron del proceso en el cual se identificaban posibles situaciones de conflictos de intereses.

Como consecuencia de este proceso se benefició el MECyT porque recibió ideas de todos los sectores involucrados para mejorar la eficiencia del proceso y garantizar la transparencia en la selección de textos escolares. Además se beneficiaron las empresas porque se generó un marco transparente con nuevas reglas de juego que alcanzaron en forma simultánea al Ministerio y a todos los sectores que participaron en la selección de los textos.

El proceso obtuvo repercusiones positivas dentro de los diversos actores. En declaraciones a Poder Ciudadano, actores de MECyT manifestaron que es la primera vez que se realiza un procedimiento de este tipo en la cartera educativa y que en trámites anteriores, las editoriales presentaron impugnaciones alegando falta de participación y transparencia. Por otro lado, el sector privado manifestó su conformidad con el proceso, recalcando el hecho de que los editores puedan entrar al Ministerio y que el ministro sea su interlocutor, ya que como productores de contenidos educativos, ellos deben trabajar junto con la cartera educativa para aunar criterios y esfuerzos.

El caso Morón

Servicio de recolección de residuos domiciliarios

Municipio de Morón, 2000

Herramientas: Audiencia pública

Pacto de Integridad

Contexto

En marzo de 2000, el Departamento Ejecutivo del Municipio de Morón, provincia de Buenos Aires, solicitó formalmente al Concejo Deliberante la autorización para convocar a una nueva licitación para la contratación del servicio de recolección de residuos domiciliarios. La concesión anterior, consistente en la recolección y destino final de los residuos domiciliarios, el barrido manual y mecánico en calles y avenidas, la limpieza y desobstrucción de sumideros y el mantenimiento de espacios verdes, vencía en julio de 2000. El contrato anterior por cuatro años insumía el 10% del presupuesto municipal, calculado en 90 millones de pesos anuales. El costo de este servicio era uno de los de mayor impacto en el presupuesto municipal y sus modalidades de contratación habían generado en los vecinos sospechas acerca de la legalidad de los actos.

Los actores involucrados en el caso pertenecían a los ámbitos político, económico y social, donde se destacaban:

- El Departamento Ejecutivo del gobierno municipal, de signo aliancista, impulsor del llamado de licitación.

- El Concejo Deliberante, que cuenta en su composición con distintas bancadas políticas (Partido Justicialista, Alianza, Acción por la República).

- Grupos empresarios interesados en la licitación.

- Trabajadores sindicalizados insertos en el plan de recolección de residuos vigente.

- Vecinos contribuyentes del partido de Morón.

Uno de los puntos que se tornaba imperioso solucionar era que las partes se escuchasen entre sí; no sólo para recoger información y obrar en consecuencia, sino para saber qué era lo que los demás estaban pensando del llamado a licitación y por qué. Por lo tanto, debía pensarse una estrategia que, además de descomprimir, como se señaló anteriormente, fuera válida para mediar en busca de un consenso.

Audiencia pública

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

La estrategia consistió en transparentar el proceso licitatorio garantizando el libre acceso a los pliegos de bases y condiciones, promoviendo a la vez la participación de los empresarios y la ciudadanía. Poder Ciudadano propuso dos herramientas. Por un lado, la implementación de una AP donde el gobierno convoca a ciudadanos, empresarios del sector, expertos y políticos de la oposición para que expresen sus objeciones y comentarios sobre las condiciones previstas para la contratación. Por el otro, la firma de un PI por el cual el gobierno y todas las empresas que compiten por el servicio firman un contrato de control recíproco para evitar el pago de sobornos entre los oferentes y el gobierno.

Conclusiones

Inicialmente, el Municipio de Morón se encontraba con un escenario donde los actores desconfiaban unos de otros como resultado de la gestión de las autoridades anteriores. Una vez iniciado el proceso de AP y habiendo explicitado las partes sus reales preocupaciones, comenzó una etapa de acercamiento y voluntad de colaboración política explícita.

Como resultado de la participación, el intercambio de opiniones y la circulación de la información, se produjeron algunos cambios significativos en el pliego:

- Regular los resultados

- Cuatro años de experiencia

- Boletas de garantías

- Certificación de normas de calidad ISO 14000.

La adaptación del procedimiento de AP aplicado a la deliberación del órgano colegiado municipal dio como resultado apertura y participación a una institución que se consideraba cerrada, no participativa y poco transparente. La confluencia de los distintos sectores dio como resultado un nuevo posicionamiento del municipio a la hora de encarar temas de honda repercusión socioeconómica. Por otro lado, la firma del PI vino a satisfacer un reclamo no siempre explicitado pero latente en la ciudadanía: el compromiso empresarial frente a los ciudadanos y los partidos políticos de controlarse entre sí para obtener beneficios mutuos.

El resultado final de la implementación de las herramientas en la gestión en el ámbito municipal permitió un ahorro significativo, que se estima en 15 millones de pesos, una mayor transparencia en el proceso y una mejora en la calidad del servicio.

CONCLUSIÓN



7- Conclusión

Para finalizar, luego de haber cotejado la legislación vigente a nivel nacional y provincial, la opinión de reconocidos juristas, la jurisprudencia y la realidad, podemos representar gráficamente las conclusiones obtenidas en una recta en cuyos extremos se encuentran la ley y la realidad. En el medio, oscilan la jurisprudencia y doctrina, inclinándose hacia uno u otro extremo según el caso.

Este último punto, las diferencias entre doctrina, jurisprudencia y legislación, son comunes y si se quiere, hasta beneficiosas en el sentido de que permiten el replanteo de la normativa vigente y representan un desafío para el *status quo* reinante. A partir de estas revisiones permanentes por parte de la dogmática jurídica y de jueces se permite que el derecho avance y se actualice conforme lo sugieren y delinear estos tipos de fuentes del derecho.

Ahora bien, una señal de alarma debería encenderse cuando sea la realidad la que se halle opuesta a la legislación, y más aún cuando quien configure dicha realidad sea el propio Estado.

Frente a esta situación se presenta un dilema que exige solución y que ofrece dos alternativas:

a) Que el legislador, captando la práctica cotidiana, la considere como costumbre creadora de derecho y, en consecuencia, flexibilice la normativa permitiendo la contratación directa, sino como regla, como facultad viable en la mayoría de los casos, o bien;

b) Que le de supremacía a la legislación que rige el procedimiento de seleccionabilidad del co-contratante por sobre la realidad, respetando los principios intrínsecos que guían todo acto administrativo en general y contrato administrativo en particular (tales como transparencia, igualdad, seleccionabilidad).

Para ello será menester que diseñe mecanismos de control efectivos que garanticen el debido respeto por el ordenamiento vigente.

Sin detenernos a analizar los pros y contras que presenta cada una de las vías, inmediatamente se advierte que aceptar la primera implicaría regularizar una situación fáctica opuesta a la situación de *iure* que debe reinar, produciéndose la incorporación de una costumbre *contra legem* al derecho de nuestro país.

Siendo ésta una solución repudiada por la doctrina en general⁸⁹, sólo restaría adoptar la segunda opción, esto es, normativizar un sistema de fiscalización del obrar administrativo que le asegure al administrado (como ciudadano y como potencial contratante) la plena vigencia de los principios jurídicos que rigen la contratación.

Más aún, para evitar relevantes problemas jurídicos, sería necesario que en todos los contratos en que intervenga el Estado Nacional, por ejemplo, se determinen aplicables las disposiciones vigentes –tales como la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo nº 19.549- en el procedimiento de selección del contratista, sin perjuicio de la aplicación de normas y principios de derecho privado en los que se refiere a su gestión específica⁹⁰.

De esta manera, se estarían cerrando las puertas, al menos en algún punto, a un lugar común en los gobiernos actuales, fuente de innumerables favoritismos, beneficios particulares de los funcionarios y perjuicios para la *res publica*.

⁸⁹ TORRÉ Abelardo, “Introducción al Derecho”, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 14º edición, 2003, pág. 357: “(...)Costumbres contra la ley: son las que están en franca oposición con el derecho legislado. Con respecto a estas últimas, agregaré que, en el derecho moderno, se les niega generalmente valor legal y, por lo tanto, fuerza derogatoria (p. ej. ART. 17 del Cód Civil antes de la reforma de 1968).-

⁹⁰ PASTOR DE PEIROTTI, Irma, op.cit.

8- Bibliografía

Bibliografía Citada

- ⊙ **ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO** *“Lecciones de Derecho Administrativo”*, Advocatus, 1º ed., Córdoba, 2005.
- ⊙ **ARENOSO, FEDERICO**, *“Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas”*, Fundación Poder Ciudadano, 1ª edición, Buenos Aires, 2006.
- ⊙ **CAMPOS MONGE, CHRISTIAN** *“Contratación Pública Y Corrupción (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)”*, Revista de Ciencias Jurídicas nº 112, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2007.
- ⊙ **CASSAGNE, JUAN CARLOS**, *“Derecho Administrativo”*, 7ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.
- ⊙ **COMADIRA, JULIO RODOLFO**, *“La Licitación Pública”*, 2ª edición actualizada y ampliada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.
- ⊙ **COMADIRA, JULIO RODOLFO – WINKLER DORA PAULA** *“Las contrataciones interadministrativas y el principio de la libre elección”* ED 119-857
- ⊙ **COMADIRA, JULIO RODOLFO** *“La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento”*, ED 177-749.
- ⊙ **DIEZ, MANUEL MARÍA**, *“Manual de Derecho Administrativo”* Tomo I, Editorial Plus Ultra, 4ª Edición, 1985.
- ⊙ **DROMI, ROBERTO**, *“Derecho Administrativo”*, Editorial Ciudad Argentina, 4ª Edición Actualizada, 1995.-
- ⊙ **DROMI, ROBERTO**, *“Licitación Pública”*, Editorial Ciudad Argentina, 2ª Edición, 1999.-
- ⊙ **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN**, *Curso de Derecho Administrativo*, con notas de Gordillo Agustín, 12ª edición, 1ª edición argentina, Editorial Thomson Civitas y La Ley, Buenos Aires, 2004.-

- ⊙ **ILDARRAZ, BENIGNO, ZARZA MENSAQUE, ALBERTO Y VIALE, CLAUDIO MARTÍN,** *“Derecho Constitucional y Administrativo”*, 2º Edición, Eudecor, 2001.-
- ⊙ **MARIENHOFF, MIGUEL S.** *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo III A, Editorial Abeledo Perrot, 4º Edición Actualizada.-
- ⊙ **MONTILLA ZAVALIA, FÉLIX ALBERTO,** *“La Transparencia en el contrato administrativo. La selección del co-contratante estatal en la contratación directa”*, en Ponencias del Congreso Nacional de Derecho, 1 al 4 de septiembre de 2004, San Miguel de Tucumán, Ediciones Magna.-
- ⊙ **PASTOR DE PEIROTTI, IRMA,** *“Los contratos administrativos”*, en Sesín Domingo Juan (coord.), *Manual de Derecho Administrativo*, S&S Editores, 1º Edición, 2008.-
- ⊙ **SCHLESKE, FARAH ANTONIO G.,** *“El uso de los medios electrónicos como herramienta de la gestión pública para aumentar la transparencia en las contrataciones”*, mayo de 2000, Banco Interamericano De Desarrollo Conferencia Sobre Transparencia Y Desarrollo En América Latina Y El Caribe
- ⊙ **SESÍN, DOMINGO,** *“Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos Mecanismos de Control Judicial”*, Ediciones Depalma, Córdoba, 1994.
- ⊙ **TORRÉ ABELARDO,** *“Introducción al Derecho”*, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 14º edición, 2003.

Legislación utilizada

- ⊙ Constitución Nacional
- ⊙ Decreto Reglamentario Nacional 1023/01
- ⊙ Decreto Reglamentario Nacional 436/00
- ⊙ Ley Nacional de Ética Pública 24.156

- ⊙ Constitución Provincial
- ⊙ Constitución Provincial Anotada por Mensa González Andrea, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2006
- ⊙ Ley Nacional de Obras Públicas 13.064
- ⊙ Ley Provincial de Obras Públicas 8.614

La Contratación Directa en la Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿Regla en la Práctica?

- ⊙ Ley Provincial de Contabilidad 7631
- ⊙ Decreto Reglamentario Provincial de la Ley de Contabilidad 1882/80

- ⊙ Carta Orgánica de la Ciudad de Río Cuarto
- ⊙ Ordenanza Municipal de Contrataciones Públicas 835/94

Páginas Web Consultadas

- ⊙ **BASTERRA MARCELA**, El Derecho fundamental de acceso a la información pública en Argentina. www.juridicas.unam.mx
- ⊙ www.argentinacompra.gov.ar
- ⊙ **SALVIA, GABRIEL C**, “En Venezuela, el 97% de las contrataciones son por contratación directa”. [_www.cadal.org](http://www.cadal.org)
- ⊙ [http://www.anticorruccion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20\(4\).pdf](http://www.anticorruccion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20(4).pdf)
- ⊙ http://www.mindef.gov.ar/transparencia/transparencia_compras_contrataciones.html
- ⊙ http://www.poderciudadano.org/up_downloads/temas/86_11.pdf?PHPSESSID=ba815c7fae4c76a58...
- ⊙ <http://www.asociacionag.org.ar/pdfcap/4/D%C3%ADaz,%20Fernando%20Daniel.doc>
- ⊙ <http://www.jccrivelliabogados.com.ar/digesto/palabras.htm>
- ⊙ http://www.accesolibre.org/noticias_view.php?id=348

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Resumen

El objetivo del presente trabajo es demostrar el abuso de la Contratación Directa en el ámbito de las contrataciones de la Administración Pública en los tres órdenes de gobierno, a partir de la hipótesis de que en la práctica administrativa se observan una disfunción de este procedimiento de selección del cocontratante en contraposición a la función subsidiaria que le otorga la legislación. Del estudio detenido y comparativo de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales del régimen normativo vigente y de la realidad, se pueden advertir con claridad las diferencias de criterio sobre lo que se debe considerar como regla y excepción, destacándose principalmente la preocupante contradicción existente entre lo exigido por la Ley y lo realizado por los funcionarios públicos, perdiendo de vista que lo que los habilita a contratar es la satisfacción de una “necesidad pública” y la obtención del bienestar general.

Abstract

“The aim of this report is to demonstrate the abuse of Direct Contracting in the context of Public Administration in all three government levels, based on the hypothesis that a dysfunction in the procedure to select the employee is observed in the administrative practice, in opposition to the subsidiary function granted to it by the legislation. Through the thorough and comparative study of the doctrinal and jurisprudential points of view on the current normative regime and on reality, it is possible to perceive the differences of opinion as to what should be considered rule and what should be considered exception, and especially the worrisome contradiction between the legal requirements and the proceedings of public officials who leave aside the fact that it is the satisfaction of a public need and the pursuit of general well-being that allow them to enter into contracts in the first place.”

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	CAROSSIO, Julieta Alicia
E-mail:	julietalicia@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	La Contratación Directa en al Administración Pública como Excepción en la Legislación y ¿regla en la Práctica?
---------------------------	---

Título del TFG en inglés	The Direct Contracting of the Public Administration as a Exception in the Legislation and ¿rule on Reality?
Integrantes de la CAE	Dr. Alfonso Buteler y Dr. Juan Carlos Chiapero
Fecha de último coloquio con la CAE	23 de julio de 2010
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Versión idéntica a la impresa en versión digital en formato PDF.

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda).-

Publicación electrónica: x

Después de..... mes(es)

Firma del alumno