

Contratos administrativos en el marco de la emergencia

Nueva normalidad



Gonzalo Abalos

1. Nueva normalidad

Preliminarmente, es necesario aclarar las circunstancias en las que se genera el presente estudio, el que detalla un aspecto concreto y particular de una materia acotada, que en este documento se enmarcará en las contrataciones administrativas.

En mi carácter de servidor público me ha tocado enfrentar en los últimos meses diversas situaciones donde he advertido que la normativa vigente en materia de contrataciones públicas es limitada e insuficiente para satisfacer necesidades donde se pone en juego el interés público, representado, en este caso, por la protección a derechos fundamentales como lo son la salud y la vida de los ciudadanos.

En virtud de ello, se origina una reflexión donde se evidencia una dicotomía en la que subsisten dos presupuestos. Por un lado, el cumplimiento de las formalidades de los actos administrativos (en sentido amplio) y de los contratos administrativos (en sentido estricto), y, por otro lado, la satisfacción de un interés público de alta estima como lo es la protección de la salud y la vida de los ciudadanos (y en forma inmediata).

En base a la colisión entre dichos presupuestos, desarrollaré argumentos propios formulando razonamientos lógico-jurídicos, comparaciones y análisis que expliquen concretamente la problemática objeto del presente.

2. Contratos administrativos. Marco actual

El artículo 3° del Decreto Nacional N° 1023/2001 establece como principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, los siguientes:

- 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; y
- f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Nótese que no hace mención al principio de legalidad, rector para el derecho y para toda la actuación administrativa. No obstante, resulta una obviedad que debe respetarse en todos los casos en materia de contrataciones públicas. Se puede conceptualizar dicho principio afirmando que los actos de la administración deben estar justificados en un marco normativo general, entendido como tal al llamado bloque de constitucionalidad o legalidad. Ello implica un acatamiento total a las normas vigentes desde la Constitución Nacional hasta las normas reglamentarias de alcance general y particular.

Tampoco se hace alusión directa al elemento formal con lo que, se podría inferir, que no constituye un requisito esencial para la existencia del contrato administrativo. Sin embargo, no está en duda la importancia de los formalismos y procedimientos, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha construido bases sólidas, para establecer que, sin el cumplimiento de las formalidades necesarias en los procedimientos de selección, no hay contrato administrativo. Ergo, resulta un elemento esencial del contrato administrativo.

En ese sentido, como se abordará más adelante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que

la administración centralizada y descentralizada se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso.¹

¹ CSJN, autos "Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos", sentencia del 22-12-1993, T. 316, p. 3157.

Asimismo, sostuvo

que, en primer lugar, es menester recordar que este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (Fallos: 308:618; 316:382).²

Interpretando en conjunto la normativa, doctrina y jurisprudencia, se puede concluir que para la existencia de un contrato administrativo se debe dar cumplimiento con todas las formalidades requeridas y procedimientos de selección reglados, ya sea licitación pública, concursos privados, subasta, contratación directa u otros.

El procedimiento de selección de contratista para satisfacer una necesidad, como regla, es la licitación pública, el cual tiende a generar un cumplimiento amplio y acabado de todos los principios enunciados previamente. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, dicha regla cede, y se utiliza excepcionalmente el procedimiento de selección de contratación directa, el cual tiende a reducir formalismos en las compras públicas con el objeto de generar mayor celeridad y eficacia en la satisfacción de la necesidad pública.

Ello no es óbice para exceptuar del cumplimiento de los principios del derecho administrativo, ni tampoco habilita a desconocer las formas, con lo cual las diferencias entre la regla y la excepción suelen ser insuficientes.

3. Decisión Administrativa 409/2020 – Procedimiento de selección de contratista en materia de la emergencia generada por el COVID-19

3.1. Realidad fáctica

En este marco surge una nueva realidad fáctica a raíz de la dinámica de una inédita pandemia y su impacto sobre la vida social de la población, lo cual debe ser acompañado por el Estado para satisfacer las necesidades que se presenten, en este caso el interés público representado por la protección de la salud y la vida de los ciudadanos. Para ello, se requiere necesariamente de procedimientos de adquisición de bienes y servicios que otorguen celeridad y eficacia en virtud de que dicho interés público, para ser satisfecho, debe ser atendido de forma inmediata.

² CSJN, autos “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos” (M. 265. XXXIII), sentencia del 1 de junio de 2000.

3.2. Decisión Administrativa 409/2020

Desde el plano normativo, se ha visto cómo de diversos modos (decretos, resoluciones y disposiciones de carácter administrativo) se han intentado flexibilizar los procedimientos de selección de contratista destinados a la adquisición de bienes y servicios en el marco de la pandemia, a mi entender con poco éxito.

Resulta interesante analizar la Decisión Administrativa N° 409/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la República Argentina, que establece un procedimiento de selección de contratista a los fines de la adquisición de bienes y servicios para satisfacer las necesidades surgidas por la emergencia declarada en virtud de la pandemia.

Del articulado dispositivo, surge en primera instancia una remisión a los principios consagrados por el Decreto N° 1023/01, haciéndose especial hincapié en que deberán ser cumplidos “sobre la base de una rigurosa observancia”. Luego, se establece el procedimiento de selección indicando que deberá, a groso modo: consultar nómina de proveedores, invitar a tres proveedores, previa constatación en la nómina, de acuerdo al monto solicitar intervención a SIGEN, establecer acto de apertura con intervención de la Unidad de Auditoría Interna, realizar la evaluación de ofertas, emitir acto de adjudicación, emisión de órdenes de compra, entre otros.

Dichas etapas, en el plano fáctico, no pueden entenderse como únicas a los fines de llevar a cabo una compra pública, ya que subyacen y conviven simultáneamente los demás principios rectores del derecho administrativo en sentido amplio que deben acreditarse.

De ellos, se derivan diversas actuaciones administrativas complementarias tendientes a generar un paraguas legal que otorgue validez a los actos, como, por ejemplo: generación de expediente (papel o electrónico), informe y justificación de la necesidad que motive su inclusión en la norma de excepción, afectación presupuestaria preventiva y definitiva, intervención de áreas técnicas, dictamen jurídico previo, publicidad de los actos, entre otros, sin los cuales no se podría llevar a cabo una compra pública jurídicamente válida.

Ahora bien, a través de esta creación que intenta flexibilizar las normas de compras públicas, a mi entender sin éxito, queda demostrada la aceptación expresa por parte del Poder Ejecutivo de la carencia de un procedimiento de compra eficaz para satisfacer necesidades de interés público esenciales y urgentes. Ello, ya que, con este intento de reglamentación de un procedimiento eficiente, no puede (o no se atreve) a salir del esquema de compras públicas imperante en la actualidad, en virtud de que es manifiesto que el procedimiento creado no ofrece herramientas novedosas, no elimina etapas del procedimiento reglado de fondo, no establece un marco de excepción que genere una diferencia sustancial en cuanto a los procedimientos establecidos por el Decreto N° 1023/01, ni posibilita suprimir etapas de control previos trasladándolas a un control *ex post*. De forma (in)consciente el Poder Ejecutivo Nacional admite la falencia mediante un acto positivo.

3.3. Emergencia y necesaria razonabilidad

Es por ello que debe cobrar especial relevancia el principio de razonabilidad enunciado en el Decreto N° 1023/01, el cual otorga las respuestas necesarias para llevar a cabo la satisfacción del interés público. El concepto incluye:

- Razonabilidad del proyecto,
- Eficiencia de la contratación,
- Cumplimientos del interés público comprometido,
- Cumplimiento del resultado esperado.

Dicho principio debe ser interpretado de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso y con la tendencia a armonizar los demás principios que, en su conjunto y con su debido cumplimiento, garantizan la juridicidad de una contratación pública.

En un contexto de emergencia, surgen ciertos conflictos que ponen en riesgo la satisfacción del interés público tutelado. Entran en pugna, ante esta situación excepcional, el deber de cumplimiento con los procedimientos reglados y el deber de proteger la salud y la vida de los ciudadanos. Debe prevalecer el principio de razonabilidad, sin violentar la legalidad de los actos, a los fines de satisfacer en tiempo y forma el interés público comprometido.

4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y las formas en los contratos administrativos

La situación fáctica demuestra que en materia de contrataciones del Estado la violación de los procedimientos de selección del contratista es de carácter crónico. Isaac Augusto Damnsky (h), con acierto, señala que

la realidad económica nos indica que un porcentaje muy significativo de obras públicas, servicios y provisionamientos estatales no discurren por los cauces formales. No son contratados con apego a los procedimientos administrativos propios de selección del co-contratante estatal ni ejecutados con apego a la teoría del contrato administrativo, pero sin embargo nadie duda de su existencia.³

³ Transparencia Internacional, Informe sobre corrupción, año 2009, especialmente el relevamiento de la situación argentina en p. 185 y el barómetro global de la corrupción de 2009, en www.transparency.org; Oficina Anticorrupción, “El Estado de las Contrataciones 1 y 2” de 2008 y 2009 en: www.anticorruptcion.com.ar; Oficina Nacional de Contrataciones, Estadísticas de las compras del Estado: www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/estadisticas_new.html “Guía de Recursos para Negocios Transparentes”, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, en: www.acij.org.ar.

Junto a este autor, muchos otros sostienen que, aun con la falta de cumplimiento de las formalidades, el contrato administrativo existe, de lo cual se deriva que las formas, para esta doctrina, no son requisito esencial de su existencia. En mi opinión, se trata de construcciones pragmáticas que ante situaciones de incumplimiento normativo y antijurídicas hacen prevalecer la continuidad del contrato administrativo.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Mas Consultores Empresas S.A.” ha dejado establecido que

La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. En la contratación invocada, no se observaron los procedimientos sustanciales pertinentes ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo. La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado.⁴

Por otra parte, en el fallo “Omega”, en consonancia con el previamente citado se ha sostenido que

las quejas referentes a la omisión de las formas esenciales para la celebración del contrato conducen a dilucidar la existencia de este [y] la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.⁵

Al menos en materia de contratos administrativo, ha sido zanjada dicha discusión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos “Más Consultores Empresas S.A.” y “Omega”. A través de dichos fallos se puede interpretar la intención de la CSJN de dejar en claro que las normas deben ser cumplidas para que generen los efectos deseados por el legislador, lo cual choca con la palpable realidad, desnudando la necesidad de modificar legislativamente las normas para las compras y contrataciones públicas.

Ha quedado demostrado a través de la evolución jurisprudencial que las formas en los contratos administrativos adquieren el carácter de elemento esencial para la existencia de un contrato administrativo. Si bien resulta interesante abordar dicho estudio en cuanto a la evolución jurisprudencial y los efectos

4 CSJN, autos “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos” (M. 265. XXXIII), sentencia del 1 de junio de 2000.

5 “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” 5 de diciembre de 2000 - Fallo 324:3924.

que implican la aceptación de la doctrina de la Inexistencia del Contrato Administrativo, ello no resulta el objeto del presente trabajo.

En estas líneas, se pretende dejar en evidencia que, ante la necesidad de dar exhaustivo cumplimiento a las formas y procedimientos, se dificulta la satisfacción de del interés público generando la ineficacia del sistema de compras y contrataciones públicas. En este contexto actual, donde el interés público se ve reflejado en la protección a la salud y la vida de sus ciudadanos, los cuales no admiten dilación alguna en su satisfacción, ha quedado demostrada la incapacidad del Estado para dar una respuesta rápida, eficaz y garantizada.

Si los procedimientos de selección del contratista instaurados legalmente atentan contra la eficiencia de la gestión pública e impiden satisfacer las necesidades públicas en tiempo oportuno, lo correcto es cambiar las normas para adecuarlas a la realidad imperante para no violentar de manera flagrante el sistema instituido por ellas. Entiendo que esta es una de las finalidades de la CSJN al fallar como lo viene haciendo.

5. Excesiva rigurosidad formal

La realidad muestra que en pos de enderezar malas conductas de funcionarios públicos violadores sistemáticos de las normas jurídicas, se han instaurado procedimientos de selección de contratistas que incluyen rigurosos formalismos tendientes a desalentar o minimizar conductas de mala fe.

Así, se ha complejizando el sistema de compras públicas, las que, para garantizar su validez y existencia, requieren de numerosos actos de la administración pública, aun en procedimientos de emergencia.

Se puede decir que, de acuerdo a la jurisprudencia analizada del Supremo Tribunal, para que un Contrato Administrativo exista en términos jurídicos, debe mínimamente acreditar el cumplimiento de: requerimiento y justificación fundada del área competente, formulación de especificaciones técnicas, formulación y construcción de un costo estimado, afectación presupuestaria preventiva, elevación al área con competencia en adquisiciones, formulación de pliegos particulares, conformidad de las áreas, aprobación de pliegos y llamado a presentar ofertas, comunicación, difusión y publicación respetando plazos previos de publicación y anticipación del llamado a la apertura de las ofertas, consultas y circulares, apertura de ofertas, observaciones de ofertas, solicitud de documentación complementaria, muestras, evaluación técnica, administrativa, jurídica y económica de ofertas (intervención de distintas áreas), solicitud de mejoras de ofertas, dictamen jurídico previo, acto administrativo de conclusión del procedimiento, notificación, emisión de orden de compra, publicación, entre otros.

Los procedimientos de selección de contratista instaurados legalmente atentan contra la eficiencia de la gestión pública e impiden satisfacer las necesidades públicas en tiempo oportuno; ergo, lo correcto es cambiar las normas para adecuarlas a la realidad imperante y no violentar de manera flagrante el sistema instituido por ellas. Es necesario actualizar las leyes y reglamentos que regulan los distintos procedimientos de selección de contratistas del Estado adecuándolos a la realidad imperante.

6. Dificultades para satisfacer el interés público

A lo largo de esta presentación y a través de mi experiencia profesional y los conocimientos adquiridos en materia de compras públicas, he tratado de exponer las dificultades que existen en el órgano ejecutivo para satisfacer el interés público destacándose, entre otras:

- Excesivo rigorismo formal administrativo.
- Exageradas intervenciones de áreas.
- Amplio desconocimiento de los funcionarios en materia de compras públicas y falta de capacitación.
- Excesivos requisitos mínimos de participación para proveedores.
- Proveedores sin capacitación y poco informados.
- Complicaciones de carácter comercial y competitivas en el mercado (exigencia de garantías de mantenimiento oferta y cumplimiento de contrato, imposibilidad de ofrecer pagos anticipados, demoras administrativas que impactan sobre la cotización de las ofertas, dificultades en el procesamiento de las convalidaciones y facturación, largas demoras en el pago de las facturas, quiebre de la ecuación económica financiera).
- Limitaciones normativas y riesgo de incurrir en incumplimientos formales que generen la inexistencia del contrato administrativo.
- Imposibilidad de modificar reglamentaciones bajo riesgo de violar la inderogabilidad singular de los reglamentos, en la que “no se puede en verdad decir que la administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos; hasta ahora se sigue entonces aceptando la aplicación al reglamento del principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos: Éste los haría, si no válidos por específica subsunción legal, al menos válidos por habilitación temporaria. No cumplir el propio reglamento parece una auto contradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente la ha sostenido nunca: Es, más bien al contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos”.⁶

7. Reflexiones finales

En materia de contrataciones y con miras a satisfacer en lo inmediato el interés público manifestado por la necesidad urgente de proteger la salud y vida de los ciudadanos, resulta necesario como respuesta adyacente a la realidad actual, poner en lo más alto el principio de razonabilidad, íntegramente interpretado como la eficiencia de la contratación, el cumplimiento del interés público comprometido y el cumplimiento del resultado esperado.

Se debe garantizar que dicho principio prevalezca sobre las formalidades y rigorismos excesivos, el que, ejercido en conjunto con los demás (legalidad, transparencia, publicidad, concurrencia) y en pos de

⁶ Gordillo, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo I, Parte General, (Capítulo VII-21). Buenos Aires: FDA.

lograr la satisfacción inmediata de la protección de la salud y la vida de los ciudadanos, sea reconocido como rector en materia de emergencia.

Ante situaciones excepcionales corresponden soluciones excepcionales, y más aún cuando están en juego y colisionan derechos y/o deberes de similar jerarquía, debiendo prevalecer aquellos que protegen la salud y la vida de las personas, por ante las formas, siempre sin vulnerar los principios generales del derecho, sin afectar garantías constitucionales, ni los elementos sustanciales de los contratos y los derechos subjetivos de terceros.

A futuro, los organismos rectores en la materia, inexorablemente deben analizar el sistema actual de compras públicas, detectar sus problemas y proponer soluciones convenientes. Para casos de emergencia, es necesario comprender que, para garantizar la eficiencia de la contratación, el cumplimiento del interés público comprometido y cumplimiento del resultado esperado, se deben generar herramientas expeditivas, dejando de lado los controles y formas en una primera instancia para ser abordados *ex post* sobre las actuaciones consumadas y con severas sanciones sobre los funcionarios ante posibles desvíos.