

Capítulo IX

RÉGIMEN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

*“Lope: Pero en aqueste contrato
hallo un engaño.*

*Don Diego: No es trato
que a nadie pueda engañar.”* Francisco de Rojas Zorrilla

IX.1. Teoría general de los contratos públicos.

La teoría del contrato administrativo es hija de una resolución adoptada por el Consejo de Estado Francés el 6 de febrero de 1903, en el marco de un reclamo formulado por un particular para que se le abone la compensación prometida por la administración pública a todo cazador de serpientes por cada uno de los reptiles que elimine. El Consejo estimó que la propuesta de la administración configuraba un contrato verbal y dado que tenía por objeto la prestación de un servicio público entendió que debía ser considerado de naturaleza administrativa y, por lo tanto, de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. A partir de allí, la noción de servicio público empezó a obrar de parteaguas entre los contratos administrativos y los contratos civiles.

El criterio clasificador del Consejo de Estado fue y vino a lo largo de la primera mitad del siglo XX, volcándose una vez hacia el lado de las cláusulas exorbitantes para luego volver a dar primacía a la noción de servicio público.

La doctrina mayoritaria francesa fue conformándose alrededor de la idea de que hay contrato administrativo tanto cuando su objeto sea la prestación de un servicio público como cuando el acuerdo contenga prerrogativas a favor de la Administración, de carácter tan extraordinario o exorbitante, que -de estar insertas en un contrato de derecho común- lo tornarían nulo.

El concepto que prevalece en la República Argentina lo resume acertadamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo “Dulcamara S.A. c/ENTEL”, cuando dice que “...los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado”.

IX.2. El sistema de contratación en el Sector Público Nacional.

Las contrataciones de bienes, servicios, obras, concesiones, locaciones, entre otros objetos, comportan un sistema conexas a los sistemas de administración financiera de la Ley N° 24.156. Los procesos de producción y provisión públicas requieren de recursos financieros y de recursos reales (humanos y materiales). Las contrataciones de bienes y servicios son operaciones administrativas concurrentes a la obtención de recursos materiales, que son, en la mayoría de los casos, insumos para un proceso de producción pública.

El sistema de contrataciones imperante en la mayor parte del Sector Público Nacional está organizado en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa. Los órganos del sistema y sus respectivas actividades son:

- La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), es la rectora del sistema, y a ella le han sido asignadas las funciones de 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 reglamento; y

- Las unidades operativas de contrataciones, que funcionan en las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional, son las encargadas de la gestión de las contrataciones.

El marco jurídico básico del sistema de contrataciones proviene del Decreto Delegado N° 1023/2001, dictado a raíz de la transferencia de facultades que el Congreso de la Nación le hizo al Poder Ejecutivo a través de la Ley N° 25.414. De acuerdo con ese régimen, toda contratación de la Administración Nacional se rige por el derecho administrativo, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado. Su aplicación es obligatoria para los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156.

La gestión de las contrataciones está rodeada de ciertos principios generales, no faltando los clásicos de:

- a) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes.
- b) Transparencia en los procedimientos.
- c) Publicidad y difusión de las actuaciones.
- d) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

En resumidas cuentas: publicidad, concurrencia, competencia, claridad y trato igualitario.



Figura 6. Principios de la contratación pública. Fuente: ONC

El cuerpo normativo aprobado por el prenotado Decreto N° 1023/2001 se aplica a los contratos de:

- a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional.
- b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

Las cuestiones de interpretación relativas a la formalización y ejecución de las contrataciones comprendidas se resolverán con arreglo a las disposiciones del Decreto N° 1023/2001, las de su reglamentación, las normas que se dicten en su consecuencia, los Pliegos de Bases y Condiciones y al contrato o la orden de compra según corresponda.

También se hace un lugar para exponer a los contratos que no están incluidos en sus términos. Aparecen enlistados:

- a) Los de empleo público.
- b) Las compras por caja chica.

c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumentó que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los organismos de control.

d) Los comprendidos en operaciones de crédito público.

e) Los destinados a obtener la prestación de servicios profesionales y/o logísticos cuya ejecución deba concretarse en el exterior del país y se encuentren destinados a la defensa de la República Argentina ante tribunales judiciales o arbitrales, extranjeros o internacionales, en aquellos casos en los que la República Argentina se encuentre sujeta a la jurisdicción de aquellos.

El régimen presta atención a las recomendaciones de las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción. En tal orden de ideas, manda a fulminar con el rechazo, sin más trámite, a la propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación, o a disponer la rescisión de pleno derecho del contrato, cuando se comprobare que un oferente o un adjudicatario ha dado u ofrecido dinero o cualquier dádiva a cambio de que:

a) Funcionarios o empleados públicos, con competencia referida a una licitación o contrato, hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

El procedimiento de la contratación administrativa se despliega en fases o etapas, sobre las cuales hay un corriente de opinión que las considera independientes o separadas y otra contraria que las visualiza como coligadas. El régimen normativo exige, para algunas de ellas, el dictado de un acto administrativo con los requisitos de la Ley N° 19.549, como medida de perfeccionamiento jurídico. La aprobación de los pliegos de bases y condiciones, junto al llamado o convocatoria, constituye una de esas etapas. En esos documentos suele aparecer lo que naturaliza a la contratación administrativa, que es la presencia de prerrogativas o “supremacías” a favor de la administración contratante.

El criterio rector para la selección del cocontratante en los procesos competitivos es que la adjudicación vaya hacia la oferta elegible y admisible que resulte más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Cuando se trate de la compra de un bien o de la contratación de un servicio estandarizado o de uso común, cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas, se entenderá, en principio, como oferta más conveniente, la de menor precio.

El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de estas por omisiones intrascendentes,

debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia.

La comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes.

Toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. La vista del expediente no interrumpirá los plazos.

Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación.

El régimen admite la utilización del formato y la firma digital para la realización de las contrataciones, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. Los documentos

digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

La selección del cocontratante para la ejecución de los contratos comprendidos en el régimen se hará, por regla general, mediante licitación pública o concurso público. Corresponderá hacerlo por licitación pública cuando el criterio de selección se apoye primordialmente en factores económicos. En cambio, la vía del concurso público estará habilitada para situaciones en las cuales los factores no económicos sean gravitantes a la hora de seleccionar al cocontratante.

También puede buscarse a la persona del cocontratante mediante subasta pública, licitación o concursos privados, o contratación directa. En particular, la contratación directa procederá en los supuestos que se describen más abajo. La descripción de cada hipótesis está iniciada con un título que resume su esencia.

- ✓ **“Imposibilidad y monto menor”**. 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.

- ✓ **“Notoria capacidad”**. 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, lo cual deberá estar fundamente ponderado. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del

cocontratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.

- ✓ **“Exclusividad”**. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieran sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.
- ✓ **“Doble fracaso”**. Cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasaron dos veces, después de haber insistido en el llamado con nuevos Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.
- ✓ **“Urgencia o emergencia”**. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

- ✓ **“Secreto”**. Cuando el Poder Ejecutivo Nacional haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad de uso excepcional e indelegable.
- ✓ **“Antieconomicidad”**. 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.
- ✓ **“Interadministrativo”**. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, mientras sea su objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato.
- ✓ **“Universidades Nacionales”**. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional con las Universidades Nacionales.
- ✓ **“Efectores sociales”**. Los contratos que, previo informe al Ministerio de Desarrollo Social, se celebren con personas humanas o jurídicas que se hallaren inscriptas en el Registro

Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal.

- ✓ **“Estado locatario”**. La locación de inmuebles, en los casos en los que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones, actúen como locatarios.

Como tributo a los principios de concurrencia y competencia, el reglamento ordena aceptar, en las contrataciones directas en las que corresponda efectuar invitaciones, las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar.

TEORÍA Y PRÁCTICA O NORMA Y REALIDAD.

Un ejemplo de la práctica real en materia de contrataciones administrativas aparece en un trabajo de investigación elaborado por el medio electrónico “el auditor.info” sobre la base de un informe de la Sindicatura General de la Nación, realizado con motivo del recambio presidencia ocurrido el 10/12/2023. “En la lectura de datos del informe de SIGEN se comprueba que en 15 organismos relevados la licitación pública representa menos del 10% de las operaciones, y sólo en 14 supera el 80%. En seis jurisdicciones, la contratación directa representó más del 80% de las compras. Y para la modalidad de legítimo abono, solo en una dependencia estatal, nos referimos al Fondo Nacional de las Artes, fue utilizado en más del 80% de las adquisiciones. De las 108 jurisdicciones, 52 realizaron compras en dólares, siendo la contratación directa con el 48% el modo más utilizado, seguido por la licitación pública con 39%, la licitación privada 10% y apenas 3% para abono legítimo. En 10 jurisdicciones, el 100% de las operaciones de compra en dólares se hicieron mediante contratación directa, entre las que se destacan la Jefatura de Gabinete de Ministros, el ex Ministerio de Obra Pública y el ex Ministerio de Transporte. En cuanto al abono legítimo, sólo en el ex Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación representó más del 90% de las contrataciones”.

Fuente: el auditor.info disponible en la web.

IX.3. La actividad contractual en la inversión pública.

La realización real de las inversiones públicas está precedida de formulaciones proyectivas, evaluaciones, decisiones, actos y procedimientos administrativos. En el marco presupuestario, esas inversiones son clasificadas, desde el punto de vista del objeto del gasto, como “Inciso 4 – Bienes de uso”. Esta clasificación aplica a “...la adquisición o construcción de bienes de capital que aumentan

el activo del Sector Público en un período dado siendo estos los bienes físicos, construcciones y/o equipos que sirven para producir otros bienes o servicios, no se agotan en el primer uso que de ellos se hace, tienen una duración superior a un año y están sujetos a depreciación. Incluye, asimismo, los activos intangibles y los gastos generados por la adquisición y construcción de bienes de uso propios y aquellos adquiridos o contruidos para ser transferidos a terceros (Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional, 2016).

La inversión pública nacional está sistematizada por la Ley N° 24.354. Esta ley trae dos definiciones estructuradoras: una es la de “Inversión Pública Nacional” y la otra de “Proyecto de Inversión Pública”.

Inversión Pública Nacional: Es la aplicación de recursos a la compra, construcción o realización de todo tipo de activos y de actividades que incrementen el patrimonio registrable o inventariable de los organismos que integran el Sector Público Nacional, con el fin de iniciar, ampliar, mejorar, modernizar, reponer o reconstruir la capacidad productora de bienes o prestadora de servicios.

Proyecto de Inversión Pública: Toda actividad del Sector Público Nacional, que implique la realización de una inversión pública.

IX.3.1. Obra pública

Entre las actividades implicadas en la ejecución de un proyecto están los procedimientos administrativos que se ponen en marcha para adquirir o construir los bienes de capital. Los procedimientos administrativos reflejan principalmente la actividad contractual del Estado. Según el caso, la actividad contractual estará regida por el Decreto Delegado N° 1023/2001 y el Decreto N° 1030/2016 (suministros y servicios) o por la Ley N° 13.064 (obra pública). Esta

última norma es la que mejor cuadra para regular la actividad contractual en objetos abarcados por la definición de inversión pública que provee la Ley N° 25.354, ya que establece los procedimientos para la contratación de construcciones, trabajos y servicios de industria. Un reglamento de la Ley N° 13.064, el Decreto N° 19.324/1949, da más detalles de estos conceptos de la siguiente manera:

- **Construcciones:** obras viales, portuarias, diques, edificios, construcciones especiales para obras y servicios públicos, líneas telefónicas y telegráficas, aeródromos, monumentos, perforaciones, replanteos, plantaciones, etc., y todo trabajo principal o suplementario inherente a la materia.
- **Trabajos:** obras de ampliación, reparación y/o conservación de bienes inmuebles y dragado, balizamiento y relevamiento, etc.
- **Servicio de industria:** organización e instalación de servicios industriales (v.gr.: talleres, fábricas, usinas, etc.).

IX.3.2. Asociación Público Privada (APP).

La APP o PPP (por sus siglas en inglés) es un acuerdo a mediano o largo plazo entre el Estado y una empresa del Sector Privado que se aplica a proyectos relacionados con la infraestructura vial o ferroviaria, la generación, transporte y distribución de energía y la provisión de agua potable, entre otras obras de gran envergadura. Una característica particularmente distintiva de esta modalidad de contratación es que el Sector Privado contratista queda ligado al compromiso de participar en la financiación de las obras y al de tener un importante rol en el mantenimiento y desarrollo de los proyectos en sus diferentes fases.

En Argentina, el marco normativo sobre APP tiene como antecedentes al Decreto N° 1299/2000 y al Decreto N° 967/2005.

Como consecuencia del cambio operado en las condiciones de la economía internacional con respecto a las que rodearon el dictado de los mencionados decretos, en 2017 vieron la luz la Ley N° 27.238 y su reglamentación provista por el Decreto N° 118. A diferencia del instrumental legal anterior, este excluye o limita el llamado *ius variandi* a favor del Sector Público, un tipo de cláusula exorbitante que normalmente otorga al Estado la facultad de modificar de manera unilateral el contrato, y la prescripción que desconoce al contratista privado el derecho de invocar el incumplimiento del Estado para suspender sus prestaciones (la *exceptio non adimpleti contractus*), entre otros renunciamientos de clásicas prerrogativas estatales.

A partir de esta ley, “.... los contratos de participación público-privada deberán contener las siguientes previsiones: el equitativo y eficiente reparto de aporte y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato” (artículo 9°).

Los contratos de APP tienen detractores y favorecedores en todo el mundo. En general, han sido mayoría las opiniones desfavorables. Países de la región han tenido experiencias negativas con el uso de esta modalidad. Las críticas más reiteradas hacia la modalidad APP hacen mención de: a) costos reales muy mayores que los presupuestados; b) deficiente evaluación y consideración de los efectos ambientales; c) demoras sensibles en el cumplimiento del plan de inversiones; d) falta de suficiente transparencia; e) contrataciones y adicionales difíciles de negociar e implementar; f)

escasa o nula rendición de cuentas, todo lo cual la expone a grandes riesgos de alto impacto.

Otras actividades involucradas en la inversión pública son las evaluaciones que se manifiestan antes y después de las decisiones de inversión y de los procedimientos de contratación. De acuerdo con la oportunidad de realización, las evaluaciones pueden ser calificadas como *ex ante* y *ex post*.

Los títulos que se muestran a continuación corresponden a la información mínima requerida por la Dirección Nacional de Inversiones Públicas en relación con la formulación y evaluación *ex ante* de los proyectos de inversión:

1. Necesidad a satisfacer o la problemática a solucionar con el proyecto de inversión presentado.
2. Objetivo del proyecto.
3. Producto, servicio y/o capacidad prestacional que brindará el proyecto una vez finalizado.
4. Alternativas consideradas para satisfacer la necesidad o resolver la problemática planteada.
5. Justificación de la alternativa elegida.
6. Descripción técnica / características de la inversión física.
7. Vida útil.
8. Cobertura territorial, beneficiarios directos e indirectos del proyecto.
9. Dificultades o riesgos significativos (sociales, institucionales, legales, ambientales, etc.) asociados al desarrollo del proyecto.
10. Costos de operación y mantenimiento.
11. Autorización de autoridad ambiental.
12. Evaluación. Indicadores cuali-cuantitativos.
13. Evaluación. Indicadores económicos.

En los estudios previos de factibilidad de los proyectos de inversión se calculan indicadores cuali-cuantitativos e indicadores económicos.

Por otra parte, controles o evaluaciones *ex post* implican en orden secuencial:

1. Medición de los resultados.
2. Comparación de los resultados con los objetivos, con ponderación de los desvíos.
3. Interpretación y propuesta de correcciones o mejoras.

UN PASO INDISPENSABLE PARA LAS DECISIONES DE INVERSIONES PÚBLICAS.

Evaluar es poner valor a alguna cosa. En el proceso de evaluación se recolecta, sistematiza y analiza información y con esas tareas cumplidas se pueden obtener y calcular variables cuantitativas (precios, costos, rentabilidades) y poner en evidencia factores cualitativos. Las variables y factores se pueden combinar de diferentes modos para determinar indicadores. Un indicador representa de manera simplificada una situación dada en el marco de un sistema mayor y generalmente complejo. La forma más común de indicador es un estadístico, número, ratio o tasa. Los indicadores sobre inversiones públicas sirven para ampliar el campo informativo en el que se asienta la toma de decisiones, al incorporar un estimador del valor social o del impacto esperado como consecuencia de la implementación del proyecto en estudio. Esos indicadores, en concurso con otros métodos o técnicas de evaluación, ayudan a formular propuestas fundadas, a adoptarlas, a hacer un seguimiento de ellas y a medir y comparar los resultados que se generan a raíz de la ejecución de los proyectos aceptados. Para cierta categoría o estrato de proyecto (monto alto), la evaluación suma indicadores cuali-cuantitativos, indicadores económicos y métodos o técnicas. Estos últimos implican un análisis integral del proyecto de inversión, generalmente del tipo costo-beneficio (social), pero que también puede ser del tipo costo-efectividad. He aquí un cuadro ilustrativo de la variedad de formas que pueden asumir los métodos o técnicas de análisis.

Sectores	Costo-Beneficio (métodos de valoración de Beneficios)					Técnicas		
	Precios Hedónicos	Valuación Contingente	Daños Evitados	Ahorro de Costos	Beneficios y Costos Marginales	Costo Anual Equivalente	Costo Eficiencia	Mínimo Costo
Agua Potable y Saneamiento	x	x		x	x			
Cultura							x	x
Educación						x		x
Energía		x		x				
Manejo de Recursos Hídricos	x	x	x					
Residuos	x	x		x		x		x
Salud							x	x
Seguridad y Defensa							x	
Transporte	x			x	x			
Vivienda y Urbanismo	x	x		x				

Fuente: Guía General de Evaluación de Proyectos de Inversión, Dirección Nacional de Inversiones Públicas, 2020.

IX.4. La subasta en la economía del Sector Público.

Suena a una rareza acordar en este capítulo, dedicado a un sistema conexo a los sustantivos de administración financiera, un tratamiento particularizado al procedimiento de subasta. La mención especial estaría justificada por el hecho de que los estudios sobre los efectos económicos del procedimiento en cuestión merecieron, en el año 2020, la atención de la Academia Sueca de Ciencias. Nuestra experiencia sensorial con el mundo de las subastas nos ha dejado grabadas las imágenes de un recinto o una sala (puede ser una carpa) en la que se ha congregado gente para participar de un acto de venta de objetos, bienes o mercaderías, haciendo ofertas en competencia por ellos “a viva voz”, y que el desarrollo de esas reunión y competencia está conducido por una persona con la profesión u oficio de martillero o rematador, quien cierra el proceso de puja declarando ganador de ella a la propuesta de mejor valor. La subasta o remate es un procedimiento al que recurren jueces y otras autoridades públicas para poner a la venta bienes embargados, incautados, decomisados o abandonados en un depósito oficial. Pero este método o práctica mercantil ha generado a su alrededor una teoría económica, de la cual han surgido aplicaciones prácticas. Se trata de la teoría de subasta, cuyo campo de estudios incluye temas tales como el diseño eficiente de subasta, estrategias de oferta óptima y de equilibrio y la comparación de ingresos.

En general, se puede hablar de subastas tanto cuando se trata de la venta de un bien al mejor postor entre varios interesados en hacerse de él, como cuando el objetivo sea la adquisición de un bien o de un servicio. En el Diccionario de la lengua española-Real

Academia Española figuran los dos casos como acepciones de la palabra “subasta”.

Si bien hay registros históricos de la venta al mejor postor de mercaderías y personas en la Babilonia del siglo VI antes de Cristo, fueron los romanos de la antigüedad quienes perfeccionaron el procedimiento e inventaron la palabra para designarlo (*ex auctionibus hastae*, locución que se redujo a *sub hasta*, “bajo la lanza”). Y lo utilizaron -entre otras cosas- para poner a la venta su propio imperio.

El documento más antiguo sobre una subasta realizada en la geografía actual de la República Argentina es un Acta del Cabildo, Justicia y Regimiento, datada el 9 de abril de 1589. Allí se deja constancia de la adjudicación en remate al vecino García Hernández del cuidado de las vacas y bueyes de la ciudad, por haber hecho la propuesta más baja. Con la jerga técnica de hoy, lo que se hizo entonces fue una “subasta inversa”.

En ocasiones, y en el área de influencia del derecho administrativo, las palabras “subasta”, “remate” y “licitación” funcionan como términos operativamente intercambiables. De hecho, la etimología más aplicada a la voz “licitación” (de raíz latina) es la de “poner en subasta”.

LA SUBASTA DE ROMA.

Es el título de una novela histórica de Alberto Monterroso (Editorial Almuzara, Madrid, 2023). Tras el asesinato del emperador Lucio Aurelio Cómodo en el año 192 DC, se produce la llegada al poder de Pértinax, uno de sus generales de confianza, antiguo comandante de Marco Aurelio, y después de la muerte del militar romano devenido emperador, a los 87 días de iniciado su reinado, vendrá la “Subasta del Imperio”. Fue en el 193 y el ganador de la puja (*auctio*, “a viva voz”) resultó ser un tal Marcus Didius Juliannus, que apenas pudo aprovecharlo por dos meses. La misma guardia pretoriana que llevó a remate el cargo de *Imperator* terminó asesinándolo a los 66 días de su entronización. Con el paso del tiempo, la voz subasta quedó en el vocabulario de palabras de la lengua castellana y *auction* en el de la inglesa, pero se refieren a la misma cosa.

Fuente: Culturalia, blog, disponible en la web.

IX.5. Teoría de la subasta.

El “Premio Sveriges Riksbank en la Ciencia Económica en Memoria de Alfred Nobel”, más conocido como “Premio Nobel de Economía”, fue discernido en el año 2020 a favor de los estadounidenses Paul R. Milgrom y Robert B. Wilson, profesores de la Universidad de Stanford, por sus estudios en el campo de la teoría de subastas. En comunicaciones por videoconferencia y por la red social Twitter (ahora denominada “X”), la Academia Sueca de Ciencias anuncia los nombres de los galardonados y fundamenta la distinción que ha conferido, afirmando que "Las subastas afectan nuestra vida diaria y los ganadores del Nobel de Economía de este año han mejorado la teoría de las subastas e inventado nuevos formatos de subastas para beneficio de los vendedores, compradores y contribuyentes de todo el mundo". En efecto, los trabajos de Wilson sobre la materia se remontan a las décadas de 1960 y 1970, con los cuales ha tomado forma una teoría de subasta de objetos con un valor común. Esta teoría muestra cómo postores racionales tienden a colocar ofertas por debajo de su mejor estimación porque están preocupados por la «maldición» del ganador, esto es, pagar demasiado e incurrir en pérdidas, y que los problemas provocados por esa «maldición» son más grandes cuando unos pujadores o postores tienen mejor información que otros. Por su parte, Milgrom formuló en la década de 1980 una teoría más general de las subastas, que no solo permite valores comunes, sino también valores privados que varían de uno a otro postor, y demostró que un cierto formato dará al vendedor un ingreso mayor cuando los pujadores aprendan más sobre los valores estimados por los otros competidores durante el concurso.

Los estudios teóricos y las propuestas de aplicaciones prácticas de los profesores laureados y de otros economistas se han

utilizado realmente para la realización de subastas de propiedades o derechos estatales, a través de las cuales las autoridades públicas han sacado a la venta, por ejemplo, licencias de uso de frecuencias de radio, ondas de televisión, señales satelitales y bandas de telefonía móvil.

El derecho positivo de la contratación administrativa en el Sector Público Nacional de la República Argentina admite la procedencia de la subasta pública en los casos de “Compra de bienes muebles, inmuebles, semovientes, incluyendo dentro de los primeros los objetos de arte o de interés histórico” y de “Venta de bienes de propiedad del Estado Nacional” (Reglamento del Decreto Delegado N° 1023/2001, Decreto N° 1030/2016, artículo 11). Ya en el texto original de la Ley N° 13.064, sancionada en 1947, se planteaba la acción de “...sacar una obra pública a remate...”. La modificación de esa ley por su similar N° 26.619 ha traído el cambio de la palabra “remate” por la expresión “licitación pública”.

En todo el mundo, el Estado es uno de los agentes más importantes en el desarrollo de las subastas, en los roles de vendedor y de comprador. Existen estudios teóricos que hacen el abordaje de este último papel del Estado como de “subasta inversa”. En los reglamentos y prácticas del Sector Público, hay normas y evidencias de subastas inversas presenciales y las hay también de virtuales, a distancia o electrónicas, en las que la puja entre los oferentes aparece mediada por la tecnología de la información y las comunicaciones. En ambos casos (presencial y virtual), la esencia del procedimiento es la misma: que los proveedores o contratistas vayan presentando, durante un plazo determinado, ofertas cada vez más bajas.

En particular, las subastas inversas electrónicas (*online reverse auctions*) han reportado diversos beneficios allí donde fueron implementadas para las compras públicas. Esas ventajas o beneficios se traducen en mayor transparencia de los procesos, mayores grados de concurrencia y competencia, menores costos de transacción para las dos partes involucradas (organismo estatal y contratistas), un mayor “valor por el dinero empleado” (*value for money*) a favor de la entidad estatal compradora y, en definitiva, una más eficiente asignación de los recursos. Sin embargo, el procedimiento -como cualquier otro en el que aparecen comprometidos fondos públicos- no está exento de riesgos, cuya consumación puede tornar ilusorios los beneficios antes comentados.

IX.6. Compras y contrataciones sostenibles.

La sostenibilidad de las compras y contrataciones públicas es una meta específica de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Más específicamente, la meta 7 del ODS 12. Este último procura “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”, mientras la acción correspondiente se dirige a “Promover prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales”. El concepto de Consumo y Producción Sostenibles ha sido definido como:

“... el uso de servicios y productos relacionados que responden a las necesidades básicas y ofrecen una calidad de vida mejor, a la vez que se minimiza el uso de recursos naturales y de materiales tóxicos, así como las emisiones de los residuos y los contaminantes durante el ciclo de vida del servicio o el producto, con el objeto de evitar poner en peligro las necesidades de las generaciones futuras.” (Acordado en Simposio de Oslo, 1994). Por su lado, la Contratación Pública Sostenible (CPS) implica la compra de bienes o contratación

de servicios considerando criterios de sostenibilidad económicos, sociales y ambientales. La incorporación de criterios sostenibles en los procesos de selección, representa una oportunidad de influir de manera significativa en el mercado y fomentar así la producción y el suministro de bienes y servicios sostenibles. En otras palabras, la contribución positiva de la meta 7 a su ODS 12 requiere la consumación de procesos de adquisición y utilización de los bienes, servicios, trabajos e insumos por parte de los organismos públicos, de manera que queden contemplados, simultáneamente, la obtención de beneficios de eficiencia social para la organización usuaria y para la comunidad y la economía, y la reducción significativa de los impactos negativos sobre el ambiente. Las CPS funcionan como una estrategia que articula armoniosamente la relación entre consumo y producción.

Los beneficios de implementar una política de CPS no sólo revisten una magnitud trascendente para los gobiernos, sino que repercuten en las comunidades, promoviendo la conciencia ambiental y social; la eficiencia y transparencia en la administración pública; la reducción de costos asociados al uso de bienes y servicios; la incorporación de innovación; el consumo responsable y la valoración de mejoras sociales.

Mediante Disposición N° 50 de fecha 4 de diciembre de 2023, la ONC ha aprobado un Manual de Compras Públicas Sostenibles, presentándolo como un instrumento de información para promover y facilitar la implementación de las CPS en las diversas jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional. El documento incluye comentarios sobre los conceptos fundamentales vinculados a las CPS y propone un esquema de implementación gradual de las políticas en la materia.

El Manual recoge como antecedente la producción del Grupo de Trabajo de Marrakech sobre compras públicas sostenibles. Allí aparecen definidos ocho elementos que se deben tener en cuenta en los países para implementar el enfoque de compras públicas sostenibles i) aprendizaje de casos exitosos y uso de las compras públicas como política para alcanzar objetivos fundamentales, habilitación para la implementación y la mejora continua en los sistemas de adquisiciones y en el desarrollo del ciclo de vida de los productos y servicios; ii) diseño de un plan de implementación; iii) diagnóstico de los últimos avances en materia de compras públicas; iv) revisión legal; v) análisis de mercado; vi) plan de política pública sobre compras públicas sostenibles; vii) capacitación, y viii) implementación.

EL CÍRCULO DE LA ECONOMÍA SOSTENIBLE

El Proceso Marrakech (llamado así por la ciudad homónima de Marruecos) es una plataforma dinámica global, con múltiples actores, que promueve y colabora con la implementación de políticas y proyectos piloto sobre CSP y el desarrollo de un Marco de Programa a 10 años sobre consumo y producción sustentable para apoyar iniciativas regionales y nacionales que también resulten transicionales hacia una economía circular.

Fuente: División de Tecnología, Industria y Economía • Unidad de Consumo y Producción Sustentable
• www.unep.fr/pc.

IX.7. Los riesgos en las contrataciones públicas.

La contratación pública es una actividad económica principal de los gobiernos y la más vulnerable al riesgo de fraude. En los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las estadísticas existentes indican que la contratación del Estado representa un 15% del PIB y una parte no despreciable de esos recursos se pierden por acciones dolosas contra el interés público. Las maniobras de fraude pueden estar presentes en

cualquiera de las fases del proceso de contratación: en la preparación de la contrata, en la ejecución del contrato o en las dos considerando el conjunto del proceso de contratación.

La completa transparencia, eficacia y eficiencia de contrataciones públicas para ejecutar una obra u obtener un suministro requiere tanto de un buen diseño de las cláusulas y especificaciones técnicas del llamado, como de un activo y oportuno control del fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La fase mejor regulada y más “visible al ojo ciudadano” de la contratación pública es la del “llamado a cotizar”, también conocida como “etapa de preparación del contrato”. Los esfuerzos normativos, los estudios académicos y las prácticas de control se han centrado en esta fase. De todo ese trabajo y experiencias ha surgido un conjunto de requisitos a adoptar para que sea exitoso un llamado a la contratación pública, a saber: a) contar con una base de datos de proveedores y de los productos que ofrecen; b) establecer procesos de licitación abiertos y transparentes para garantizar la concurrencia, la competencia, el trato igualitario y la integridad de las conductas; c) como lógico corolario de lo precedente, evitar la introducción de requisitos en los pliegos del llamado que sólo puede cumplir uno o un número reducido de potenciales postulantes (pliego dirigido-selección artificiosa de oferentes); d) explicitar claramente en los pliegos y condiciones del llamado los criterios de aceptación y evaluación de las propuestas y los proponentes; e) estimar el costo de la contratación o realizar el presupuesto oficial sobre bases verificables, objetivas y realistas.

No obstante, los recaudos administrativos anteriores, aún es posible que la contratación, en su etapa de preparación, sea “infectada”, desde su exterior, por la colusión, la cartelización de

oferentes y otros “arreglos sectoriales”. La colusión entre empresas suele verificarse en la forma de un acuerdo para presentar precios elevados o para dejar desierta una convocatoria de modo de forzar al organismo estatal a realizar compras de apuro a mayores precios.

Es menor el interés que ha recibido la etapa de cumplimiento del contrato, la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista y el pago de éstas por parte del organismo estatal. En cuanto a esta etapa, cada vez más las legislaciones sobre contrataciones públicas introducen mecanismos de rendición de cuentas y de control de la regularidad e integridad del proceso que dan mayor protagonismo y participación activa a los licitadores, usuarios finales, medios de comunicación y al público en general. Los avances en las tecnologías de información y comunicación han permitido, para fines de gestión y control, una fácil y rápida visualización de los hechos y actos relevantes de una contratación y la concreción de nuevas formas de interacción entre los postores y agentes responsables del gobierno.

Todos los riesgos prenotados acechan intensamente a la obra pública. Hay un refrán, de circulación mundial, que le da mala reputación a esta actividad estatal o gasto de capital del Sector Público: “Donde hay cemento hay corrupción”. La corrupción en la obra pública es un tema explosivo que ha hecho caer políticos y gobiernos en cascada, como cuando salieron a la luz los generosos sobornos que prodigó la constructora brasileña Odebrecht por 12 países de América Latina. La experiencia, en general, dicta la decepcionante conclusión de que lo que se ha dado en los hechos, y que probablemente vuelva a suceder, son verdaderas mascaradas o simulacros de remate o puja. Mientras no se consigan medios legales y técnicos capaces de generar una verdadera competencia de ofertas y evitar su cartelización, conviene pensar en implantar mecanismos

de regulación y control que impidan los abusos en los precios, que restrinjan severamente las posibilidades de otorgar anticipos financieros y que certifiquen la ejecución real de los trabajos, en la calidad exigida, como base para el nacimiento del derecho de los contratistas a recibir sus pagos. En particular, para el riesgo de colusión entre los proponentes, una entidad estatal puede mantener en reserva su costo estimado de la contratación o presupuesto oficial mientras se están recibiendo las ofertas y, después de cerrado este proceso, hacerlo visible y utilizarlo para el análisis de razonabilidad y conveniencia de las propuestas arrimadas. Existe alguna evidencia de que la subasta electrónica, usando una plataforma de fácil accesibilidad y amplia visibilidad, sería capaz de poner serios obstáculos a la realización de actos de colusión o de disuadir a los oferentes de intentarlos.

IX.8. Conclusiones y reflexiones.

Los procesos de producción y provisión públicas requieren de recursos financieros y de recursos reales (humanos y materiales). Las contrataciones de bienes de consumo y servicios son operaciones administrativas concurrentes a la obtención de recursos materiales, que -a su vez- son, en la mayoría de los casos, insumos para un proceso de producción pública. También se llevan adelante contrataciones administrativas para la realización de inversiones públicas. Se trate de la obtención de bienes muebles, de elementos de consumo, de servicios o de bienes de capital, el procedimiento regla para la designación del contratista que los entregará es la licitación pública. La regla admite excepciones (por ejemplo, contrataciones directas) bajo determinadas circunstancias. Para que la contratación administrativa cumpla a cabalidad sus propósitos públicos es necesario que los bienes o servicios requeridos y las

inversiones proyectadas respondan a una planificación objetivamente elaborada, se obtengan mediante actuaciones limpias, que lleguen o se concreten en las oportunidades programadas y que se pague por ellos el valor que realmente representan.

Jurídicamente hablando, los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado.

La teoría de subasta se ocupa de los métodos, formatos o diseños de procedimientos con los que el Estado o Sector Público, actuando como comprador o vendedor, puede obtener el “mejor valor” o “asignar eficientemente los recursos”, fomentando la mayor concurrencia, competencia y transparencia posibles, de acuerdo con las características del bien o servicio que es objeto de la transacción, operación o contratación.

Los resultados de un estudio sobre la práctica de la contratación pública en varios países revelan que el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación ha pasado a ser un instrumento central de la promoción de la efectividad, economía y transparencia en la contratación, ofreciendo un acceso fácil y en tiempo real a la información, dando lugar a nuevas formas de interacción entre los oferentes y funcionarios responsables del gobierno y facilitando el control y seguimiento de la información sobre contrataciones.

La sostenibilidad de las compras y contrataciones públicas es una meta específica de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

En ese orden de ideas, la ONC, mediante Disposición N° 50, de fecha 4 de diciembre de 2023, ha aprobado un Manual de Compras Públicas Sostenibles, presentándolo como un instrumento de información para promover y facilitar la implementación de contrataciones sujetas a ese requisito de calidad en las diversas jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional.