

Jorge I. Muratorio (dir.)



Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 0024-1636  
RNPI: En trámite  
Suplemento del Diario La Ley

Todos los derechos reservados  
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

Los créditos de esta foto son de Oleg Magni

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Jorge I. Muratorio (dir.)



Impacto de la crisis sanitaria  
por COVID-19 en la contratación  
pública europea y latinoamericana



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY



### **COMITÉ ACADÉMICO**

José María Gimeno Feliu  
(Universidad de Zaragoza)  
Jaime Rodríguez Arana  
Muñoz  
(Universidad A Coruña)  
Miriam Ivanega  
(Universidad Austral)

Jorge Albertsen  
(Universidad Austral)  
Jorge I. Muratorio  
(Universidad Austral)  
Michele Cozzio  
(Università di Trento)

Gian Antonio Benacchio  
(Università di Trento)  
Fabrizio Fracchia  
(Università Bocconi)  
Enrique Díaz Bravo  
(Universidad Santo Tomás)

### **COMITÉ EDITORIAL**

Ana Belén Micciarelli

Ana Carina Larocca

Corresponde a las disertaciones efectuadas en el marco del Seminario “Análisis de la Incidencia de la Crisis Sanitaria COVID-19 en la contratación pública. Una visión comparada UE-LATAM”, organizado por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Austral y la Red Internacional de Observatorios de la Contratación Pública (Observatorio de la Contratación Pública de España, Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici dell’Università Di Trento y Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral”)



# ÍNDICE

---

La crisis sanitaria por COVID-19: ideas sobre su incidencia en la contratación pública <i>José María Gimeno Feliu</i> .....	1
La contratación pública globalizada frente al COVID-19 <i>Jaime Rodríguez-Arana Muñoz</i> .....	4
Contratación pública de emergencia y COVID-19: luces y sombras <i>Gerardo García Álvarez</i> .....	12
Contratación pública y COVID-19: Normativa, contratación de emergencia e impacto en la ejecución de otros contratos en la Unión Europea. El caso de Italia <i>Michelle Cozzio - Nicoletta Parisi</i> .....	17
A importância da gestão de riscos nas compras públicas com regime de pagamento antecipado <i>Rodrigo Pironti Aguirre de Castro - Mirela Miró Ziliotto</i> .....	39
Contratación pública de emergencia en Brasil durante el COVID-19 <i>Guilherme Saideles Genro</i> .....	46
Contratación pública y COVID-19 en la República Argentina <i>Jorge I. Muratorio</i> .....	55
Emergencia en la contratación pública: ideas para la Argentina <i>Rodolfo C. Barra</i> .....	70
COVID-19 y la contratación pública en Uruguay <i>Silvana Nessar - Graciela Ruocco</i> .....	73
La contratación pública en tiempos de crisis sanitaria global. Relaciones entre la Administración y el particular <i>Enrique Díaz Bravo</i> .....	81
El principio de integridad y rendición de cuentas en la contratación pública durante la crisis del COVID-19 <i>Javier Miranzo Díaz</i> .....	87

Transparencia y control de las contrataciones públicas de la emergencia sanitaria <i>Miriam M. Ivanega</i> .....	94
Servicios sanitarios en el marco de la emergencia. Situación actual y perspectivas <i>Fernanda Otero Barba</i> .....	103
Contratación de emergencia de obras públicas: situación actual y perspectivas (*) <i>Marcos Serrano</i> .....	111
Coronavirus, dignidad humana y contratos públicos <i>Fabrizio Fracchia</i> .....	115



# La crisis sanitaria por COVID-19: ideas sobre su incidencia en la contratación pública

José María Gimeno Feliu (\*)

**I.** La extensión del virus denominado COVID-19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11/03/2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de esta pandemia ha justificado en la mayoría de los países (entre ellos España) la declaración de “emergencia sanitaria”, que ha *impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos* vigentes y sobre la necesidad de aprovisionamientos sanitarios urgentes.

También ha impactado sobre *la forma de adquirir productos y servicios para combatir* la pandemia.

Y, por supuesto, ha impactado en lo que pone de relieve *la visión estratégica de la compra pública*, tanto por cuanto nos ha permitido ver las debilidades —falta de planificación y anticipación, excesiva burocracia, falta de capacitación...— como por sus fortalezas para servir de escudo jurídico para proteger derechos económicos y sociales.

La crisis del COVID-19 ha exigido una respuesta no solo sanitaria, sino también jurídica y económica. Ello ha repercutido sobre la contratación pública, exigiendo medidas singulares que deben acompañar al estado de alarma y que resultan, en estos momentos, necesarias

---

(\*) Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Fue decano de esa Facultad del 2003 al 2010. Fue también presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y director de la Cátedra de Derecho Local de Aragón. Desde julio de 2015 es miembro del Consejo Asesor del Ministerio de Fomento. Autor de múltiples monografías y publicaciones.

y proporcionadas. *Su aplicación práctica servirá de test para determinar su acierto y, en especial, para dar cobertura y seguridad jurídica* a una situación excepcional difícilmente previsible. Y, también, para impulsar un cambio en la cultura organizativa pública.

**II.** La situación de pandemia ha obligado a desplazar el principio de tensión competitiva propio de la contratación pública a favor de la urgente respuesta para cubrir esa necesidad. El derecho a la salud resulta prevalente frente al de mejor eficiencia económica. Así, *la emergencia ha aconsejado reducir la carga burocrática de los procedimientos de compra pública*, incluso permitiendo la contratación verbal y los abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista.

**III.** La utilización de la tramitación de emergencia como rápida respuesta a las *necesidades derivadas de la pandemia no supone, en modo alguno, una exoneración* del resto de las reglas de la contratación pública, que —hay que advertir— continúan vigentes. Y muy especialmente las relativas a la transparencia. La información de qué y con quién se ha contratado debe ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, *en tanto que permite “dar luz” a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública.*

**IV.** La crisis sanitaria *permite eludir el principio de tensión competitiva de los mercados, relajar las reglas de control financiero, facilitar*

*interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para facilitar el mantenimiento del empleo, fomentar la compra de proximidad e incluso adquirir productos en mercados extranjeros anticipando el precio frente a la regla de la previa entrega. Pero no permite relajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno, ni justifica la opción de habilitar espacios de impunidad.* Es más, en el contexto social actual se exige más explicación y más rendición de cuentas de las decisiones de contratación adoptadas (y con quiénes y sus importes), pues la ciudadanía, desde la “trinchera de su confinamiento”, tiene el derecho a conocer, como contraprestación a un “esfuerzo solidario colectivo” sin precedentes. Y esto no es burocracia innecesaria. Esto es democracia, pues el virus COVID-19 no puede traspasar su ámbito natural sanitario para afectar a las fronteras de lo público favoreciendo espacios de opacidad.

*La transparencia es un escudo que, por tanto, debe ser reforzado, lo que exige “afinar” su contenido para no convertirse en una mera obligación formal.* Por ello, la crisis sanitaria debe ser el impulso necesario para la utilización de inteligencia artificial y *big data* al servicio de una mejor gestión pública y de mejor rendición de cuentas.

**V.** La visión de la *compra pública como estrategia queda reforzada (y su caracterización como inversión, y no como gasto)*. En el escenario actual, excepcional, conviene una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales. Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretenden activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas o acompañar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía. *La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social.*

**VI.** La experiencia de esta crisis en el modelo de compras públicas, en especial en el ámbito sanitario, obliga a *repensar soluciones jurídicas que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes* (¡qué importantes son las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain!*) (1), que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial (2).

Las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias *aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor,* de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario, al criterio de *value-based health care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

Un ejemplo evidente es el de la adquisición de medicamentos. Pero también de servicios sanitarios innovadores, que aconsejan nuevas fórmulas de colaboración pública-privada, propias de las exigencias de un Estado garante (frente a la vieja concepción del Estado prestacional).

*La cultura del win/win es cada vez más necesaria para proteger la calidad de las prestaciones y del interés general de los ciudadanos. Sobra, por tanto, un debate ideológico y maniqueo sobre el quién, cuándo; lo que importa es el qué y el cómo.* Lo importante, lo definitivo, es que en la decisión que se adopte prevalezca la idea del nivel óptimo de gestión.

---

(1) Sobre esta cuestión es un referente en España el Prof. M. A. Bernal Blay. Puede consultarse su opinión en “*Blockchain, Administración y contratación pública*”, disponible en [www.obcp.es](http://www.obcp.es).

(2) Así lo advierte, por lo demás, la Comisión Europea en su comunicación “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE”, Bruselas, 24/07/2019, C (2019) 5494 final. Hay que recordar igualmente la importante comunicación de la Comisión Europea “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”, Estrasburgo, 03/11/2017, COM (2017) 572 final.

**VII.** Por eso, más que nunca, necesitamos una *contratación pública abierta, caracterizada por:*

a) la *mayor transparencia;*

b) la extensión práctica de los *medios electrónicos* como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas (la compra pública electrónica —que debería ser una realidad— en un modelo de interoperabilidad y cooperación público-privada que aproveche inercias y experiencias es una exigencia de actuación o abordaje inmediato);

c) la adecuada *cooperación administrativa* para desarrollar “economías de escala organizativas” (a nivel interestatal);

d) y, por supuesto, una *estrategia de profesionalización horizontal* en la contratación públi-

ca, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual.

**VIII. Conclusión:** en definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora.

Una contratación pública *estratégica y proactiva, y no meramente reactiva*, que ponga en valor la calidad de la prestación.

Una contratación pública que articule de forma armónica *los denominados círculos de excelencia*: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). La postcrisis es la oportunidad para impulsar este modelo más inteligente de contratación pública.

# La contratación pública globalizada frente al COVID-19

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (\*)

La llegada del COVID-19 ha acelerado la globalización del derecho administrativo, también —y sobre todo— en materia de contratación a cargo de entes públicos. Es verdad que, en materia de contratación, la universalización de sus principios informadores y la existencia de espacios supranacionales como la Unión Europea permiten afirmar sin temor a equivocarnos que, en efecto, en este sector del derecho público se ha avanzado mucho y en poco tiempo.

Sin embargo, la contemplación de la realidad estos días nos anima a reclamar ya una globalización completa de la contratación pública, pues el funcionamiento del mercado global de bienes y servicios sanitarios y la forma y los resultados de las compras de los diferentes Estados han sido, lisa y llanamente, manifiestamente mejorables. Pienso que no hace falta relatar lo que todos hemos contemplado lamentablemente en este tiempo.

Precisamos, pues, una norma universal en la materia, un tribunal global de contrataciones y, por supuesto, una autoridad global con competencias administrativas reales que ordene la contratación con arreglo a principios de accesibilidad y de equidad. El espectáculo de estos días, más propio del *Far West* que del siglo XXI, justifica la necesidad de que los principios globales de la contratación se proyecten sobre estas contrataciones públicas en que los Estados compran en mercados de otros países. Por eso, un recordatorio sucinto de estos principios parece obligado en el tiempo presente.

Es verdad: no hay todavía una Administración Pública global, ni un Poder Ejecutivo global, ni un Poder Judicial global, como tampoco dispo-

nemos de una Constitución global. Sin embargo, la realidad nos demuestra que, en algunos sectores, el de la contratación pública especialmente, los principios generales ayudan sobremano a construir un derecho administrativo global de la contratación administrativa que parta precisamente de los postulados del Estado de derecho (1).

Los principios generales que presiden el régimen de la contratación pública en Europa surgen de la metodología del pensamiento plural, abierto, dinámico y complementario: sistema de aproximación al estudio de las categorías jurídicas sobre el que descansa el modelo del Estado social y democrático de derecho (2). En este sentido, los principios que vamos a analizar están en la misma base de un fenómeno de integración en el que la libertad, la competencia, la igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia, la imparcialidad y la objetividad presiden el entero sistema normativo de la contratación administrativa en el seno de la Unión, que bien puede proyectarse a escala planetaria.

La dimensión global del derecho administrativo es una realidad, por más que todavía no podemos afirmar —ni mucho menos— que esté consolidada. Poco a poco, va inundando los sectores tradicionales del derecho administrativo interno o nacional. Esto es así, entre otras razones, porque las categorías y las instituciones del derecho administrativo no están limitadas a unas determinadas y concretas coordenadas espacio-temporales. Más bien, se trata de categorías y conceptos de validez universal, que

(1) Cfr. la reciente obra de los profesores y pioneros KINGSBURY, B. — STEWART, R. W., “Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de actuación”, Ed. Global Law Press, Sevilla, 2016.

(2) Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Derecho administrativo español, I”, Ed. Netbiblo, La Coruña, 2008, ps. 1-5.

(\*) Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Catedrático de Derecho Administrativo y director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global. Universidad de La Coruña.

podrían tener un sentido o una intensidad diferente según cuál sea el modelo de Estado en el que nos encontremos. Por ejemplo, los contratos públicos, aquellos que celebran los entes del sector público, en su fisonomía general y en su articulación concreta, suelen presentar unos obvios rasgos comunes que justamente demuestran la existencia de esta categoría jurídico-administrativa desde su nacimiento (3).

Los entes públicos, por utilizar una terminología muy amplia en la que entran todas las Administraciones Públicas, entes dependientes, además de sociedades y otros organismos que manejan fondos públicos, suelen convocar, con publicidad y concurrencia, a las empresas para realizar actividades de interés general que la propia institución solicitante no está en condiciones de realizar por sí misma, ni probablemente deba hacerlo. La Unión Europea, el Mercosur, las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y otros órganos y organismos de dimensión supranacional contratan con empresas la realización de determinadas obras o servicios públicos, siguiendo una tipología que, aunque ha nacido en el derecho administrativo interno, hoy es una realidad en el denominado derecho administrativo global de la contratación pública (4).

El problema que hoy presenta este derecho administrativo global es que es un derecho todavía *in fieri*, que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un Parlamento global, de un gobierno global y de un tribunal global. Por eso, este incipiente derecho público global opera, como es lógico, a través de principios que proyectan la cláusula del Estado de derecho, en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este ordenamiento

jurídico administrativo global (5). La pandemia, sin embargo, va a acelerar la consolidación de un derecho global de la contratación pública, hoy más necesario que nunca.

El caso de la contratación pública es, en este punto, paradigmático, puesto que los principales instrumentos supranacionales, globales, en materia de contratación, se han construido precisamente al calor de los principios: de no discriminación, de igualdad, de publicidad, de libre concurrencia. Principios que son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos, por manejar fondos públicos, de actuar con transparencia, fomentando la igualdad y adjudicando el contrato a la oferta mejor para el interés general, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de aplicación. El interés general exige que los bienes y servicios objeto de las compras públicas sean los que mejor contribuyan a la dignidad de las condiciones de vida de los usuarios de dichos bienes o servicios.

Como sabemos, en materia de contratos públicos, los principios han sido la base de las normas que ulteriormente se han elaborado (6). El caso, por ejemplo, en el espacio jurídico europeo, de las directivas comunitarias en la materia nos excusa ahora de mayores comentarios.

A pesar de registrar que el derecho administrativo global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos en la dimensión global, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional. Sin embargo, en el ámbito

(3) Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Los principios generales del derecho de la contratación pública”, *Revista Derecho*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, nro. 66, 2011.

(4) Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. — JINESTA, E. — MORENO MOLINA, J. A. — NAVARRO, K., “Derecho internacional de la contratación pública”, Ed. Guayacán, Costa Rica, 2011.

(5) Cfr. MASCAREÑO, A., “Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial: momentos de universalidad en la *lex mercatoria*”, *Dilemata*, nro. 13, 2013, ps. 46-68.

(6) Vid. DEL OLMO ALONSO, J. — SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), “El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.



de la contratación pública es donde, a mi juicio, el desarrollo del derecho administrativo global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los ordenamientos del planeta inspirados en el derecho de matriz romano-germánica (7).

El fenómeno de la globalización, imparable en el terreno económico, hoy ya alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción. Por lo que se refiere al derecho público, comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales, que obligan al estudioso del derecho administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente, hoy de la sanidad por derecho propio, de la llamada ayuda al desarrollo y, muy especialmente, de la contratación pública. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización (8).

Este nuevo panorama afecta sobremanera a los principios sobre los que descansa el derecho administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del *rule of law* de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que *aggiornarse* a la nueva realidad. Es más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar

(7) Vid. *in toto* STEIN, P., “El derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica”, Ed. Siglo XXI de España, Madrid, 2001.

(8) MEILÁN GIL, J. L., “Una aproximación al derecho público global”, Ed. Global Law Press, Sevilla, 2013, p. 5.

que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden, no deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública (9). En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva Administración global, que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente derecho administrativo global, la jurisprudencia y, sobre todo, los principios del derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política están fundando un nuevo derecho público universal, que —como señala agudamente el profesor Meilán— es ya un derecho prudencial (10). Está aconteciendo, *mutatis mutandis*, lo mismo que en los orígenes del derecho administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo derecho administrativo a través de sus famosos *arrêts*; ahora son los tribunales, Colegios Arbitrales y Cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global los que, poco a poco, van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de derecho, aunque no siempre, tal y como se pone de relieve, por ejemplo, en los llamados arbitrajes internacionales en materia de inversiones con ocasión de pleitos surgidos en el marco de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados y los inversores extranjeros.

Como es sabido, mientras que en el sistema continental europeo el control de la actividad administrativa se ubicó en manos del Consejo de Estado, un organismo público de naturaleza jurisdiccional, y la Administración Pública actúa sometida a un derecho diferente al común para las personas jurídicas ordinarias, repleto de privilegios y prerrogativas en cuanto servidora del interés general, en la otra orilla —nunca me-

(9) Vid. SIRVENT GUTIÉRREZ, C., “Sistemas jurídicos comparados”, Ed. Porrúa, México, 2006, especialmente los capítulos dedicados al modelo romano-germánico y al anglosajón.

(10) RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Approach to the principles of global administrative law”, en ROBALINO, J. — RODRÍGUEZ-ARANA, J. (eds.), Ed. Cameron & May, London, 2010, ps. 33-91.

jor escrito— la Administración era considerada como una persona jurídica más sometida al derecho que interpretan los tribunales ordinarios. En ambos casos, como es lógico, la Administración estaba sometida a la ley y al derecho. En el derecho administrativo anglosajón, poco a poco, se empezaron a aplicar a los contratos públicos reglas propias de un sistema que asume que la existencia de fondos públicos obliga a disponer de un régimen jurídico adecuado a tal característica. Los contratos privados se rigen por la ley de la autonomía de la voluntad, con los límites propios establecidos en los Códigos correspondientes, mientras que los contratos públicos, por la existencia de fondos públicos, están sometidos a los principios de publicidad, objetividad, equidad, concurrencia, igualdad de trato y transparencia, principios hoy de aplicación, por mor de la fuerza del derecho público comunitario europeo, a todos los países de la Unión Europea, sean de tradición anglosajona o francesa (11).

En este contexto, las experiencias de derecho administrativo global en distintos sectores, como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, el de la contratación pública, el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad hasta la separación de los poderes, pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas, sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de *checks and balances*, encontramos principios y criterios del Estado de derecho que nos permiten hablar de un derecho administrativo global de base prin-

(11) *Vid.* el estudio de GIMENO FELIU, J. M., “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, donde se demuestra la profunda incidencia del derecho comunitario de la contratación pública en la legislación nacional en la materia.

cial, que en materia de contratos, insisto, es patente (12).

En materia de contratación pública nos topamos con un problema complejo, porque en el espacio europeo resulta que el principio de igualdad de trato es desconocido muchas veces a favor de las empresas nacionales por diferentes “razones”; desde la promoción de la industria nacional hasta la protección de la economía propia. Como es sabido, en la Unión Europea el 80% de los contratos públicos son adjudicados a licitadores nacionales.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros, cuestionándose incluso el régimen del derecho internacional público. Para resolver este escollo, estos profesores abogan por que los regímenes intergubernamentales construyan estándares de derecho administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de derecho sean respetados. En materia de contratación, los principios son la clave de bóveda del sector (13). Sin principios, que, además, son globales, no hay sistema global de contratación pública global (14).

Otra de las características que me interesa destacar en estas líneas sobre los principios del derecho administrativo global aplicados a la contratación pública se refiere a que, en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo

(12) CASSAGNE, J. C., “Principles of global administrative law”, en ROBALINO, J. — RODRÍGUEZ-ARANA, J., *ob. cit.*, ps. 3-11.

(13) *Vid.* el pionero trabajo de los profesores KINGSBURY, B. — KRISCH, N. — STEWART, R. B., “The emergence of global administrative law”, *Law and Contemporary Problems*, nro. 15 (Summer-Autumn, 2014).

(14) *Vid.* DELPIAZZO, C. E., “Los principios generales en la contratación pública”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.) — RIVERO YSERN, Enrique, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda —podríamos decir, en una expresión quizás no muy científica—, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremanera al tradicional entendimiento del derecho administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las facultades universitarias Derecho Administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el derecho administrativo global, sobre todo en materia de derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del derecho administrativo, como pueden ser, por ejemplo, el derecho ambiental (15), el derecho de la contratación pública, el derecho de la seguridad o el derecho marítimo.

Empero, hoy, en plena pandemia, debemos dar un paso más y reclamar instituciones globales que se encarguen de regular esta materia ante problemas globales, como es una pandemia, en la que es menester que todos los Estados se aprovisionen en poco tiempo de bienes y servicios sanitarios que ordinariamente no tienen al interior de sus países, al menos en este tiempo en que el COVID-19 llegó sin previo aviso.

En un tiempo en que debemos estudiar el derecho administrativo de las crisis y emergencias humanitarias, pienso que es menester proceder a establecer cuanto antes instituciones de nivel global que preserven el acceso de los Estados en condiciones de equidad a estos mercados, en los que hemos comprobado que las reglas de la selva han estado lamentablemente muy presentes.

El derecho administrativo global es un derecho principal, un derecho que al día de hoy progresa a partir de principios de derecho que, además de proporcionar los criterios generales para construir las instituciones y categorías jurídico-administrativas, garantiza que los postulados del Estado de derecho iluminen esta nueva realidad (16). En realidad, en el derecho

administrativo los principios siempre han sido fundamentales, probablemente porque al ser un derecho relativamente reciente, al menos en su conformación científica, han servido de guía para su construcción y desarrollo (17).

En el derecho de la contratación pública global, los principios, como ya hemos señalado, juegan un papel central para la existencia de este sector del derecho administrativo global. Son principios que, como los de objetividad, racionalidad e igualdad de trato, suponen que el derecho administrativo global cumpla la función que tiene encomendada: la ordenación racional de los asuntos públicos de dimensión global de acuerdo con la justicia.

En el caso de la contratación pública global, han sido precisamente los principios generales los que han permitido la elaboración de normas de orden global que han establecido el régimen de los contratos públicos de numerosos entes públicos de la denominada Administración Pública global. Estos principios permiten en todo momento conocer si las licitaciones se realizan en el marco del Estado de derecho o, lo que es lo mismo, si las licitaciones se conducen con arreglo al interés general global, poniendo a disposición de los ciudadanos del mundo obras y servicios públicos de calidad que permitan la mejora real de las condiciones de vida del pueblo.

En materia de contratación pública, los principios son tan relevantes que ellos mismos son los que sostienen todo el entramado normativo de la contratación pública, y son ellos mismos los que aseguran que la contratación pública está presidida por los postulados del Estado de derecho. Es decir, la objetividad, la transparencia, la igualdad de trata, la motivación de las adjudicaciones, son materias que están disciplinadas por principios generales que han sido llevados al cuerpo de las principales normas que regulan la contratación pública a nivel global.

---

*cipios jurídicos del derecho administrativo*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, ps. 1521-1583.

(17) *Vid.* el muy reciente estudio del profesor argentino CASSAGNE, J. C., “Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)”, Ed. Reus, Madrid, 2016.

(15) *Vid.* SANZ LARRUGA, J., “Global environmental law”, en ROBALINO, J. — RODRÍGUEZ-ARANA, J., *ob. cit.*, ps. 277-301.

(16) *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., “Los principios generales del derecho”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. (dir.), *Los prin-*



En efecto, en materia de contratación, estos principios permiten a los tribunales de justicia enjuiciar las actuaciones de los entes públicos en la materia asegurando que las licitaciones se han realizado de acuerdo con los mínimos exigibles por el Estado de derecho para la contratación pública: objetividad, imparcialidad, publicidad, concurrencia, igualdad de trato.

En materia de contratación pública no debemos perder de vista que las obras públicas, o que los servicios públicos o de interés general objeto de las licitaciones, han de ser realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente, precisamente porque los fondos públicos que van a financiar dichas actividades son de propiedad de los ciudadanos y, por ello, estos tienen derecho a recibir obras y servicios de interés general que permitan unas mejores condiciones de vida para todos. Esta dimensión de la actividad pública ahora —afortunadamente— está en el centro de la discusión sobre el alcance y el significado del quehacer de la Administración Pública en el Estado social y democrático de derecho.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho, según el art. 41, incorpora, a su vez, cuatro derechos. Ahora, sin embargo, nos interesa solo subrayar que este derecho fundamental a la buena administración exige de las autoridades públicas que en materia de contratación pública se conduzcan de acuerdo con la equidad y la imparcialidad, y en tiempos razonables. Es decir, los principios de transparencia, de imparcialidad, de motivación, de racionalidad, de igualdad de trato, entre otros, son principios integrados también en la obligación de buena administración que ha de caracterizar las actuaciones de la Administración Pública, también en materia de contratos públicos.

Si hubiera que elegir un sector concreto del derecho administrativo global para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar

sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios generales de igualdad de trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad o de equidad han sido los que han hecho posible la elaboración de normas relativas a las compras públicas, a cuyo través se ha instaurado un verdadero derecho administrativo global de la contratación pública.

En efecto, en el marco de las directivas de 2014, los principios generales de la contratación pública son el fundamento de la contratación pública y se caracterizan por su transversalidad en todas las fases del procedimiento de contratación, aplicándose, además, no solo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas (18).

Como es sabido, la misma existencia de la contratación pública en los espacios supranacionales debe su razón de ser a la relevancia de los principios generales de la contratación pública. En efecto, la contratación pública no adquiere carta de naturaleza normativa multilateral o global en el seno de los intercambios comerciales de la OMC hasta el 15/04/1994, en Marrakech, cuando se firma en el seno de esta organización internacional de comercio el Acuerdo sobre Contratación Pública. Este Acuerdo trae causa de la necesidad de evitar la discriminación en la contratación pública. El Acuerdo constituye el corolario necesario de la proyección del principio de igualdad de trato, o de no discriminación, a los contratos que se rea-

(18) En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/03/2011, asunto C-274/09, "Privater Rettungsdienst", en su apart. 49, establece: "es preciso añadir que, a pesar de que, en el estado actual del derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular los arts. 49, TFUE, y 56, TFUE, y así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en caso de que el contrato en cuestión revista un interés transfronterizo cierto, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente (véase, en este sentido, la sentencia de 13/04/2010, 'Wall', C-91/08, rec. p. I-0000, aparts. 33 y 34 y jurisprudencia allí citada)".

licen entre el sector público y las empresas de los diferentes países para la realización de obras y servicios públicos de relevancia. El Acuerdo figura en el anexo 4 del Acuerdo de Marrakech y obliga a los países que lo rubricaron.

En el marco de las Naciones Unidas, debemos citar la llamada Ley Modelo sobre Contratación Pública en Materia de Bienes, Obras y Servicios. Se trata de un texto elaborado en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que está en revisión y actualización y que se aprobó en 1993. La influencia de las directivas de la Unión Europea en materia de contratación es obvia. En realidad, este texto está diseñado como modelo en el que puedan inspirarse los países que no disponen de regulación en materia de contratación pública o, en su caso, actuar incluso como derecho supletorio. Obviamente, los principios están muy presentes en este modelo, especialmente los de transparencia, objetividad y equidad.

En las “Normas sobre compras del sector público” del Tratado de Libre Comercio de América del Norte encontramos también, como principios fundamentales, los de trato no menos favorable que el más favorable dispensado a los nacionales y de no discriminación. En el seno del Área de Libre Comercio de las Américas, el grupo de trabajo sobre compras del sector público está trabajando en un borrador de normas que parten de los principios básicos de la contratación pública. Igualmente, el Protocolo sobre Contrataciones Públicas del Mercosur parte del principio de igualdad de trato y prácticas de no discriminación en materia de bienes y servicios.

Los principios han pasado de la jurisprudencia del alto Tribunal Europeo a las directivas de contratación, que hoy los reconocen en sus primeros considerandos y artículos. Así, el derecho comunitario europeo ofrece una nueva perspectiva para comprender la contratación pública, buscando el objetivo básico de asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

En el caso del derecho de la contratación pública, gracias a la Unión Europea se ha construido todo un sector del derecho administrativo global de contenido principal que se está extendiendo por todo el globo, puesto que se trata de principios que se derivan, de forma general, de una experiencia de integración sellada por los compromisos del Estado de derecho tal y como es la Unión Europea.

Las diversas maneras de comprender el derecho, el ordenamiento jurídico, plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del derecho administrativo global, pues no hay una Constitución global ni tampoco poderes públicos a nivel global claramente establecidos. En materia de contratación pública, el espacio jurídico administrativo de la Unión Europea — pienso— puede considerarse como un ejemplo a seguir por las razones anteriormente expuestas. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que para quien escribe deben partir de la cláusula del Estado de derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del derecho administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general de nuestra disciplina requiere de nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen el sentido del derecho administrativo como un derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites. A través del principio de buena administración y del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el derecho administrativo sea lo que debe ser: el derecho del poder para la libertad.

En materia de contratación pública se trata de facilitar a los ciudadanos servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes. Para ello, los tradicionales poderes de la Administración en los países de contrato administrativo han de entenderse de otra manera, como

poderes que pueden operarse cuando lo exija el interés general concreta y puntualmente argumentado. El derecho administrativo de la Unión Europea en materia de contratación pública ha traído la idea de que, en esta materia, al manejarse fondos públicos, que son de todos y cada uno de los ciudadanos que viven en un mercado interior, ha de buscarse en cada caso, sea del país y nacionalidad que sea, la empresa que esté en mejores condiciones de hacer la obra, prestar el servicio o el suministro.

Ahora, tras la pandemia no tenemos más remedio que dotar a este sector estratégico del derecho público que es la contratación de instituciones y normas globales de verdad que garanticen, para casos de aprovisionamiento urgente de determinados bienes y servicios, un régimen de accesibilidad y equidad que permita que la publicidad y la concurrencia sean reales para todos. Está en juego —nada más y nada menos— el derecho a la vida de millones de personas.

# Contratación pública de emergencia y COVID-19: luces y sombras

Gerardo García Álvarez (\*)

**Sumario:** I. Los mecanismos de reacción ante la situación de emergencia sanitaria.— II. Apuntes sobre la contratación de emergencia para hacer frente a la situación de pandemia.— III. Un punto conflictivo: la transparencia de la contratación de emergencia.

## I. Los mecanismos de reacción ante la situación de emergencia sanitaria

El tratamiento de la pandemia en España se ha caracterizado por la ausencia de medidas preventivas que hubiesen podido amortiguar el impacto: no hubo una escalada en materia de salud pública, sino que prácticamente la primera medida adoptada fue una declaración de alarma (uno de los estados de excepción previstos en la Constitución) y el confinamiento de la población. En paralelo, no hubo una escalada en materia de contratación, no hubo acopio previo de material sanitario, sino medidas de excepción generalizadas.

En el orden general se pasó de la aparente normalidad al real dec. 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Apenas había habido medidas de contención con carácter previo y ninguna adoptada por las autoridades estatales, aunque sí algunas medidas por otras instancias públicas: la Comunidad de Madrid había suspendido las clases en todos los niveles educativos con efectos desde el 10 de marzo, seguida inmediatamente por otras cinco comunidades autónomas con efectos desde el 13 de marzo. Pese a lo elemental de la precaución

para contener cualquier epidemia, no fue una medida tan pacífica como pudiera pensarse: el rector de la Universidad de Castilla-La Mancha fue duramente criticado por el presidente de su Comunidad Autónoma por haber tomado la iniciativa en la estela de lo acordado en Madrid, declarando el presidente que la intención de los profesores era tomarse vacaciones. Castilla-La Mancha ha sido, tras Madrid y Cataluña, una de las comunidades más afectadas.

El curso de los acontecimientos hace sospechar que fue la alarma ciudadana lo que obligó a las autoridades a ponerse en marcha, especialmente en el caso del gobierno de la Nación: el 13 de marzo, el Ministerio de Sanidad había notificado la existencia de 4209 contagiados y 120 fallecidos. Unas cifras en ese momento impresionantes, aunque la evolución posterior las pondría en otra perspectiva: el 22 de mayo, día de celebración de este seminario, las cifras oficiales eran de más de 233 mil contagiados (incluyendo únicamente a los diagnosticados a partir de pruebas PCR), 124.521 hospitalizados (de los cuales más de 11.500 en unidades de cuidados intensivos) y 28 mil muertos.

Tampoco hubo “escalada” en la contratación pública. En especial, no hubo acopio previo de material sanitario, en contra de las recomendaciones hechas por la Organización Mundial de la Salud. En tales circunstancias, el funcionamiento ágil de la contratación pública era esencial. Así se señala en la comunicación de la Comisión “Orientaciones de la

---

(\*) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Miembro de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Aragón. Director de la Cátedra IACS de Compra Pública de Innovación en Salud y codirector de la Cátedra de Contratación Pública Local.

Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19” (2020/C 108 I/01) (1), de 01/04/2020, en el que se destacaba que la crisis generada por el COVID-19 exige soluciones rápidas e inteligentes y agilidad para hacer frente a un enorme aumento de la demanda de bienes y servicios, al mismo tiempo que algunas cadenas de suministro se ven perturbadas. Los compradores públicos de los Estados miembros están en primera fila para el suministro de estos bienes y servicios, debiendo garantizar la disponibilidad de equipos de protección individual, mascarillas y guantes de protección, productos sanitarios, respiradores y otros suministros médicos, además de mantener, potenciar o, incluso, crear infraestructura hospitalaria e informática.

La legislación de contratación pública contempla mecanismos para agilizar la compra de suministros, que están llamados a tener una especial utilidad en el ámbito sanitario (2). Pero estos mecanismos, que hubieran facilitado una reacción rápida sin recurrir a medidas excepcionales, no están implantados, al menos no a un nivel significativo. En consecuencia, en aplicación de la vigente ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, de 08 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26/02/2014, los mecanismos a disposición de las autoridades sanitarias eran:

— La tramitación de urgencia, prevista en el art. 119, que supone la reducción a la mitad de los plazos de tramitación de los procedimientos ordinarios de “contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público”, previa declaración motivada de la urgencia.

(1) Véase en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\[05\]&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401[05]&from=EN).

(2) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Sistemas de agregación de la demanda: centrales de compras y otras fórmulas de contratación eficiente”, en LARIOS RISCO, David — GONZÁLEZ GARCÍA, Lola — DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, *Tratado de derecho sanitario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, vol. I, ps. 493-523.

— El procedimiento negociado sin publicidad, una forma de contratación directa, que en el art. 168 se prevé, entre otros casos, para supuestos de “imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles”.

— Finalmente, la “contratación de emergencia”, prevista en el art. 120 de la LCSP. Es un mecanismo sumamente expeditivo, que había recibido escasa atención doctrinal antes de la última crisis (3), durante la que se han multiplicado los comentarios sobre esta modalidad de contratación.

## II. Apuntes sobre la contratación de emergencia para hacer frente a la situación de pandemia

Con “anterioridad” a la declaración del estado de emergencia, por real dec.-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, art. 16.1, se declaró la aplicación de la contratación de emergencia para la “adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de la Administración General del Estado para hacer frente al COVID-19”. El tenor literal del precepto fue modificado casi inmediatamente, por medio del real dec.-ley 8/2020, de 17 de marzo, y más significativamente por el real dec.-ley 9/2020, de 27 de marzo. Esta última modificación extendió la declaración de emergencia a todo el sector público, regional y local, aplicándose a las “entidades del sector público”.

Existe un acuerdo general en que la declaración de emergencia era completamente innecesaria y ha resultado superflua. Al contrario de lo que sucede con la tramitación de urgencia del art. 119, que requiere una declaración formal

(3) Puede destacarse como excepción GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “La tramitación de emergencia”, *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, nro. 151, 2017, ps. 52-57. En la doctrina de los órganos consultivos especializados es destacable la resolución de 27/06/2003, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se hace público el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el art. 72 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nro. 195, de 15/08/2003).

y motivada, la tramitación de emergencia del art. 120 es de aplicación directa cuando se dé el supuesto de hecho habilitante. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación del Estado (4) ha hecho público su parecer de que la declaración contenida en el real dec.-ley 7/2020 podía llegar a interpretarse como una ampliación del ámbito de la contratación de emergencia:

“La regulación de la tramitación de emergencia se encuentra contenida en el art. 120 de la LCSP, que contiene los supuestos que, en general, justifican la tramitación de emergencia y también las condiciones y límites establecidos a su ejercicio. En la situación presente tal precepto debe interpretarse coordinadamente con la regla especial que establece el art. 16 del real dec.-ley 7/2020. La aplicación de esta última puede suponer un incremento en los casos en que se aplica la tramitación de emergencia”.

Lo que indican el precepto y sus modificaciones es, primero, que, pese a la declaración el 11/03/2020 de la situación de pandemia por la Organización Mundial de la Salud, el día 12 le seguía pareciendo al gobierno español dudoso, jurídicamente cuestionable, que pudiésemos estar ante una situación de emergencia.

Segundo, que, tras dos semanas, la centralización de la compra de productos sanitarios en el Ministerio de Sanidad se había revelado un completo error, por lo que se devolvieron las competencias a las Comunidades Autónomas, habilitándoles (aunque tal habilitación no era jurídicamente necesaria) para utilizar la contratación de emergencia.

El art. 120 de la LCSP permite “actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que ofrezcan grave peligro” (además de necesidades que afecten a la defensa nacional, lo que no era aplicable en este caso), actuación inmediata sumamente expedita.

No se precisa expediente de contratación.

---

(4) “Nota informativa”, sin fecha, <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Notas/NOTA%20EMERGENCIA%20COVID-19%20F.pdf>.

Puede contratarse libremente, sin sujeción a los requisitos generales, ni siquiera a la existencia de un crédito presupuestario suficiente y adecuado (como se establece también en el art. 39, LCSP).

Finalmente, cabe incluso la contratación verbal, como se prevé en el art. 37.1, LCSP. Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación del Estado puntualiza que la contratación verbal deberá utilizarse con cautela y, en todo caso, la celebración del contrato deberá *a posteriori* ser reflejada por escrito. Como señala en su “Nota informativa” ya citada:

“[L]a relajación de los requisitos procedimentales en la tramitación de emergencia tiene por finalidad la inmediata ejecución de la prestación contratada, pero ello no excluye que, *a posteriori*, puedan llenarse las exigencias de los principios de publicidad y transparencia, razón por la cual parece recomendable que, incluso en los limitados supuestos en que se acuda a la contratación verbal, se proceda a documentar adecuadamente la adjudicación y formalización del contrato”.

La innecesariedad del expediente y la posibilidad de que la contratación sea meramente verbal generó algunas confusiones prácticas en los primeros momentos, cuando elementos de las fuerzas y cuerpos de seguridad, siguiendo órdenes del Ministerio de Sanidad, se hicieron con suministros sanitarios en plantas de fabricación o instalaciones de almacenaje y distribución para hacerlos llegar inmediatamente a los hospitales, que estaban siendo rápidamente desbordados.

En el real dec. 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que ha estado en vigor hasta el 21/06/2020, se preveían requisas temporales (art. 8º) y, más relevante a estos efectos, en el art. 13 se preveían requisas para el suministro de bienes y servicios necesarios por razones de salud pública, además de la intervención de empresas y la impartición de órdenes a centros de producción y distribución.

En este contexto, en casos de intervención de suministros sanitarios por la Policía Nacional o



la Guardia Civil, se planteaba la duda de si podía tratarse de una requisa, aunque al parecer en todos los casos, aunque *a posteriori*, el Ministerio de Sanidad ha pedido precio a los propietarios de los bienes y se han tramitado los pagos como propios de un contrato por procedimiento de emergencia.

Si bien los arts. 120 y ccdd. de la LCSP no precisan habilitación legal específica ni declaración formal de emergencia, ha de tenerse en cuenta que su regulación se refiere únicamente a la preparación y formalización del contrato, pero no contiene excepción alguna respecto a su ejecución. Por tanto, el régimen posterior a la formalización es completamente aplicable, incluida la publicidad íntegra de los contratos celebrados.

La inexistencia de un régimen específico para la ejecución de los contratos de emergencia sí obligaba a introducir algunas reglas especiales para adaptarlos a las situaciones excepcionales que se estaban produciendo. Por ello, en el art. 16 del real dec.-ley 7/2020, modificado por el real dec.-ley 8/2020 en este punto, se establecieron algunas reglas específicas.

En primer lugar, la cuestión del pago anticipado. Puede afirmarse que, con carácter general, es algo excepcional en la contratación pública. En este sentido, en el art. 198.3, LCSP, se condicionan los anticipos del precio a la prestación de garantías por el contratista. Esta regulación no era adecuada a unas circunstancias en las que se estaba intentando comprar en un contexto en el que la demanda sobrepasaba con mucho a la oferta, y a proveedores cuya mentalidad no era establecer una relación comercial duradera, sino aprovechar el momento. La normativa especial para afrontar la pandemia permitió al órgano de contratación eximir al contratista de la prestación de garantía “cuando fuera necesario”, en función de la “naturaleza de la prestación” y la “posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías”. Los anteriores extremos deberán justificarse mediante una motivación expresa.

En realidad, el pago anticipado ya estaba previsto para la contratación en el extranjero, como “anticipo”, previéndose incluso con carácter excepcional la dispensa de garantía “por resolución motivada del órgano de contratación, y cuando las circunstancias así lo impongan” [dis-

posición adicional primera, 1.g), de la LCSP]. En la legislación de excepción se prevé expresamente el pago total y sin garantía, y se hace una puntualización muy relevante: “El riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado”.

Este precepto comporta una exención de responsabilidad contable para los casos en los que la contratación pueda malograrse, produciéndose como consecuencia una pérdida patrimonial para las arcas públicas. El quebranto es un concepto contable equivalente en este caso a pérdida de los caudales públicos gestionados. La llamada habitualmente “responsabilidad contable” es la responsabilidad civil en que pueden incurrir las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones Públicas cuando, mediando dolo o culpa grave, se produzca un incumplimiento de la normativa presupuestaria que produzca una pérdida patrimonial a la Administración, pudiendo incurrir en ella gestores, ordenadores de los pagos e interventores (arts. 177 y ss. de la ley 47/2003 General Presupuestaria, de 26 de noviembre). Esta responsabilidad puede ser depurada por la propia Administración perjudicada, con recurso ante el Tribunal de Cuentas, o por este último órgano, que puede en todo caso avocar la competencia.

La asunción del riesgo de quebranto, requisito imprescindible de la responsabilidad de acuerdo con la jurisprudencia, comporta el blindaje patrimonial, pero no penal o disciplinario, de autoridades y empleados públicos que puedan participar en procedimientos contractuales que resulten finalmente fallidos, no pudiéndose recuperar el pago realizado (5).

### III. Un punto conflictivo: la transparencia de la contratación de emergencia

El órgano de contratación tiene el deber jurídico de justificar la concurrencia del supuesto de hecho que habilita la utilización de la contratación de emergencia. Además, para la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios co-

(5) PEÑA MOLINA, Marcos, “Contratación de emergencia por el COVID-19 y responsabilidades jurídicas”, LA LEY 9630-2020.

munes de la seguridad social o demás entidades públicas estatales, el art. 120, LCSP, prevé que se dé cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días. Al no ser un precepto declarado básico, las normas autonómicas podrán prever otra cosa. Este deber jurídico no está exceptuado ni en la declaración del estado de alarma ni en el art. 16 del real dec.-ley 7/2020, y por tanto es plenamente exigible.

Una cuestión muy relevante, en la contratación pública en general (6), pero también en la materia examinada, dada la ausencia de otros controles, es la de la transparencia: la regulación de la contratación de emergencia permite prescindir del procedimiento previo e incluso la contratación verbal, lo que es absolutamente excepcional, pero no exime de la publicación de los contratos celebrados. Es más, exigencias elementales de ética pública obligan a ello.

La Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su “Nota informativa” ya citada, señala que la inmediatez de la actuación que ampara por medio de la tramitación de emergencia convierte en no exigible la publicación previa del anuncio de la licitación del contrato. Este es el sentido que hay que dar a la previsión del art. 120, LCSP, de excluir la obligación de tramitar el expediente de contratación, lo que debe comportar la exención de la necesidad de publicar el anuncio previo. La legislación aplicable no lleva más allá la exención:

“La LCSP no recoge, en cambio, especialidades para estos contratos en relación a la *publicidad de los actos de adjudicación y formalización en el perfil de contratante* del órgano de contratación respecto al régimen de publicidad previsto con carácter general por los arts. 151.1 y 154.1 de la LCSP. La publicación en estos casos deberá

limitarse, no obstante, a lo que resulte pertinente teniendo en cuenta que no existe un procedimiento previo con los trámites habituales. En este sentido cobran importancia, por ejemplo, *aspectos como los siguientes: la justificación del procedimiento utilizado para la adjudicación, la mención del objeto del contrato, el precio de adjudicación o la identidad del contratista*”.

Lo mismo sucede respecto a la publicación en los Boletines Oficiales correspondientes de la formalización:

“Tampoco existe previsión alguna que exceptione la publicación en los periódicos oficiales que corresponda conforme al art. 154, LCSP, de la formalización de estos contratos”.

En el art. 154, al que remite la citada “Nota informativa”, se establece, para los contratos celebrados por la Administración General del Estado o por las entidades vinculadas a ella que tengan naturaleza de Administraciones Públicas, que el anuncio de formalización se publicará en el Boletín Oficial del Estado, y para los contratos sujetos a regulación armonizada, además, la publicación del anuncio de formalización en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Sin embargo, la Administración General del Estado se ha excusado en la suspensión general de términos y plazos administrativos para retrasar indefinidamente esas publicaciones, que, cuando han empezado a producirse, a menudo se han realizado de forma inadecuada e incompleta. Este hecho ha sido puesto de relieve por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, un órgano integrado en el Ministerio de Hacienda, pero dotado de autonomía funcional, creado por la LCSP con funciones de regulación y supervisión de la contratación pública (7).

(6) Destacadamente, GIMENO FELIU, José María, “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, *Presupuesto y Gasto Público*, nro. 82, 2016, ps. 137-158; CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “La integridad y la transparencia en la contratación pública”, *Anuario del Gobierno Local*, nro. 1, 2018, ps. 77-127.

(7) OIRESCON, “Principio de publicidad en los contratos tramitados por emergencia durante la vigencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia del COVID-19”, 30/04/2020, <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/COVID-19/INFORME%20ESPECIAL%20EMERGENCIAS/VERSION%2029-04-2020/INFORME%20ESPECIAL%20EMERGENCIAS.%20v1.2.pdf>.



# Contratación pública y COVID-19: Normativa, contratación de emergencia e impacto en la ejecución de otros contratos en la Unión Europea

El caso de Italia

Michelle Cozzio (\*)

Nicoletta Parisi (\*\*)

**Sumario:** I. Premisas y datos del escenario de emergencia.— II. La contratación pública en la fase de la emergencia.— III. Reflexiones sobre el futuro del sistema italiano de los contratos públicos.

## I. Premisas y datos del escenario de emergencia

### 1.1. La aparición de la pandemia

El tema “Análisis de la incidencia de la crisis sanitaria COVID-19 en la contratación pública”

(\*) Profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento. Su labor investigadora se centra en el derecho comparado y europeo, con particular atención a la contratación pública, los servicios de interés general, el derecho del consumo. Coordina las iniciativas del Observatorio de Derecho Comunitario y Nacional sobre Contratación Pública. Abogado del *counsel* de Pizzini & Partners. Consultor legal de Transparencia Internacional Italia (en temas de contratación pública). Autor de numerosas publicaciones científicas y ensayos.

(\*\*) Miembro de la Autoridad Nacional Anticorrupción. Exprofesora titular de Derecho Internacional y Europeo en la Universidad de Catania y profesora de Derecho Internacional en la Universidad Católica. Miembro de la delegación italiana ante el GRECO (Consejo de Europa). Experta del gobierno en la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSDE). Consultora jurídica de Transparencia Internacional - Italia, del Ministerio de Justicia y del MIUR (Ministero dell'Università e della Ricerca). Autora de numerosas publicaciones científicas y ensayos.

de esta primera edición del seminario acogido por la Universidad Austral de Buenos Aires y promovido por la Red Internacional del Observatorio sobre la Contratación Pública ha sido compartido sin rodeos y sin reservas por todos los participantes.

Nadie, ni en Europa ni en América Latina, ha planteado dudas sobre la importancia y la utilidad de discutir y confrontar las soluciones que cada región está adoptando en el sector de la contratación pública para afrontar la excepcionalidad y la gravedad de la emergencia que estamos viviendo. Ya esta circunstancia resulta indicativa de la extensión global, de la permeabilidad y dramaticidad de la crisis causada por el virus denominado COVID-19, de la cual encontramos una puntual representación estadística en los informes de las organizaciones internacionales (1).

(1) Véase el sitio web del European Centre for Disease Prevention and Control, que ofrece información constantemente actualizada sobre la distribución geográfica de los casos y de los decesos por COVID-2019 en el mundo; véase también los *situation reports* sobre el tema

En cuestión de semanas, entre febrero y marzo de 2020, la emergencia sanitaria se ha impuesto rápidamente como prioridad en las agendas políticas en todo el mundo.

Lo ha descrito eficazmente el histórico filósofo Yuval Noah Harari en la entrevista al *Financial Times*: “La humanidad se enfrenta a una crisis global. Quizás la más grande de nuestra generación. Es probable que las decisiones que tomarán las personas y los gobiernos en las próximas semanas afecten profundamente al mundo durante años. Afectarán no solo nuestros sistemas de salud sino también la economía, la política y la cultura [...]. Al elegir entre varias alternativas, debemos preguntarnos no solo cómo superar los peligros inmediatos, sino también en qué tipo de mundo viviremos cuando haya pasado la tormenta. Por supuesto, la tormenta pasará, la humanidad sobrevivirá, muchos de nosotros todavía estaremos aquí, pero viviremos en un mundo diferente” (2).

El 09/01/2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el aislamiento, por parte de las autoridades sanitarias chinas, de una nueva cepa de coronavirus jamás identificada antes por el hombre (COVID-19). El virus ha estado asociado a un foco de casos de pulmonía registrados a partir del 31/12/2019 en la ciudad de Wuhan, en el centro de China (3). El 30 de enero, la OMS declaró esta epidemia “una emergencia de sanidad pública de relevancia internacional” (4), y el 11 de marzo reconoció su condición de “pandemia” (5), pa-

*Coronavirus disease* (COVID-19) elaborados por la Organización Mundial de la Salud.

(2) “Il mondo doppio il virus”, *Internazionale* del 27/03/2020, nro. 1351; texto original publicado en el *Financial Times*.

(3) Estudios recientes señalan que numerosos casos de pulmonía adscribibles al virus COVID-19 explotaron en el área china de Wuhan ya a partir de agosto de 2019; véase NSOESIE, E. O. — RADER, B. — BARNOON, Y. L. — GOODWIN, L. — BROWNSTEIN, J. S., “Analysis of hospital traffic and search engine data in Wuhan China indicates early disease activity in the Fall of 2019”, junio/2020.

(4) Véase la declaración sobre la denominada “Public Health Emergency of International Concern”.

(5) Véase la declaración de pandemia.

labra de la que ya se conoce el significado y sus implicaciones.

De la declaración del director general de la OMS surge la atención por esta nueva situación: “nunca antes habíamos visto una pandemia generada por un coronavirus”, y, al mismo tiempo, surge la preocupación por los alarmantes niveles de propagación y gravedad: “nunca antes habíamos visto una pandemia que pudiera ser controlada”.

## 1.2. La respuesta italiana

Italia se encuentra entre las áreas europeas que han sido golpeadas primero y de un modo más significativo por el virus. La reacción de las instituciones ha sido muy rápida: el 31/01/2020, con anterioridad a la declaración de pandemia de la OMS, el gobierno declaró el estado de emergencia hasta el 31/07/2020, motivado por el riesgo sanitario conexo a la aparición de patologías derivadas de agentes virales transmisibles.

A la declaración del gobierno le han seguido, en el período de febrero a junio de 2020, decenas de medidas legislativas y administrativas, mediante decretos-leyes (y las leyes de convalidación relativas) (6), decretos del presidente del Consejo de Ministros, decretos ministeriales, circulares, directivas, ordenanzas del director del Departamento de la Protección Civil, de las Regiones y de los Ayuntamientos (7).

(6) El primero, siguiendo el orden temporal, es el dec-ley 6/2020, de 23/02/2020 (“Medidas urgentes en materia de contención y gestión de la emergencia epidemiológica del COVID-19”). Los decretos-leyes constituyen una particular fuente normativa: ellos tienen fuerza de ley ordinaria y son adoptados por el gobierno (y no por el Parlamento) en casos extraordinarios de necesidad y urgencia. La eficacia de los decretos-leyes es provisional, resultando limitada en el tiempo hasta un máximo de 60 días, transcurridos los cuales, si no llegan a convertirse en ley ordinaria por el Parlamento, pierden su eficacia desde el inicio. Esta fuente normativa encuentra legitimación en el art. 77 de la Constitución italiana, el único artículo de la Constitución que regula la potestad normativa del gobierno en casos extraordinarios.

(7) Una panorámica del articulado marco normativo que se desarrolla después de la emergencia sanitaria en Italia está disponible en el *dossier* del SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, “Misura

El conjunto de normas y medidas de emergencia ha formado un amplio y fragmentado cuadro jurídico, caracterizado, en primer lugar, por la incidencia y limitación de la libertad individual y económica (8), hasta tal punto contundente, que muchos, entre estudiosos y juristas, han hablado de estado de excepción, de dictadura, de situación de emergencia sanitaria y guerra (9), de violación de derechos constitucionales (10), como, además, de la necesidad, una vez afrontada la difícil situación de la pandemia, de construir los contenidos y límites de un “derecho de la emergencia”.

Un segundo elemento peculiar se atribuye a la alteración de los procesos de decisión y de

sull'emergenza coronavirus (COVID-19). Quadro generale”, del 03/06/2020.

(8) Son libertades y derechos garantizados por la Constitución italiana, entre los que se encuentran la libertad de circulación (art. 16), la libertad de reunión (art. 17), el derecho de profesar la propia fe religiosa en los lugares de culto (art. 19), el derecho al estudio (arts. 33-34), la libertad de iniciativa económica (art. 41), la libertad de expresión del pensamiento (art. 21) y, sobre todo, la libertad personal (art. 13) y los derechos inalienables de la persona referidos en el art. 2º y en la CEDH.

(9) Lo ha recordado, entre otros, FRACCHIA, F., “Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?”, *Il Diritto dell'Economia*, nro. 3, 2019, ps. 575-588, subrayando también la terminología utilizada por la política de *mass media* (“guerra”; “emergencia”; “lucha”; “ataque”; “defensa”; “patriotismo”; “orgullo de ser italiano”).

(10) Puede verse, como ejemplo, la “Carta abierta enviada al presidente del Consejo suscrita por treinta juristas italianos” (“Lettera aperta inviata al presidente del Consiglio, sottoscritta da trenta giuristi italiani”), en la que se invita al restablecimiento de las garantías constitucionales, frente a las limitaciones que “generan graves dudas de constitucionalidad y representan un peligro precedente para el Estado de derecho”, así como las intervenciones restrictivas de la libertad constitucional y los mecanismos de supervisión peligrosos. Más cauto: LUCIANI, M., “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza”, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nro. 2, 2020, ps. 137 y ss., el cual evidencia que la adopción de disposiciones excepcionales a causa del alcance extremo del riesgo sanitario no determina el estado de guerra, el estado de asedio, la dictadura, el reconocimiento de plenos poderes al gobierno o al Parlamento, ni el estado de excepción; el autor recuerda, finalmente, que “para los juristas, las palabras y categorías que se describen pesan como rocas, así que es necesario siempre medirlas bien y utilizarlas del modo más cercano a su significado técnico”.

producción de las reglas, dada la necesidad de una rápida evaluación y de una simplificación demandada por la toma de decisiones en tiempos brevísimos (11). El contexto de emergencia, en otras palabras, ha puesto de manifiesto una situación tanto meteórica como imprevista de verticalidad del poder, respecto a la cual el fenómeno (quizás) más sorprendente ha sido la difusa aceptación de esta situación por parte de la opinión pública y de la población (12).

Es cierto que las soluciones impuestas por la autoridad nacional han tenido un impacto muy fuerte ante todo en la vida social.

Mediante decretos y ordenanzas han sido prescritas drásticas medidas de confinamiento.

Por ejemplo, ha sido impuesta la prohibición de movilidad de las personas fuera del lugar de residencia, salvo por específicas exigencias de trabajo, razones de absoluta urgencia o motivos de salud. Han sido prohibidas también las reuniones en lugares públicos o abiertos al público, otras formas de contacto social, manifestaciones culturales, deportivas y religiosas; han sido suspendidas las actividades en las escuelas y en las universidades (con la excepción de aquellas actividades didácticas desarrolladas telemáticamente).

Las restricciones fueron aplicadas inicialmente en las áreas donde se detectaron brotes del virus, y desde el mes de marzo fueron ampliadas a todo el territorio nacional. La población, como se ha dicho, las aceptó de buen grado, tanto por el miedo del contagio como por la recomendación a obedecerlas difundida por las autoridades médico-científicas, así como por las duras

(11) Sobre el tema puede verse SEVERINO, P., “Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale: alcuni spunti tra protezione dei diritti fondamentali, modelli di governance e ripresa económica”, en AA.VV., *Il mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, Quaderni del CNEL, mayo/2020, ps. 169 y ss.

(12) Aspecto evidenciado por DE RITA, G., “Verticalizzazione dei poteri”, en AA.VV., *Il mondo che verrà...*, ob. cit., ps. 63 y ss., el cual se atreve a indicar, de un modo provocador, que el mayor peligro de esta verticalización de poder podría provenir de la callada obediencia a las normas de emergencia.

sanciones pecuniarias (de 400 a 3000 euros) previstas en caso de violación.

Desde junio, con el descenso de la emergencia (en Italia, el pico de contagios y fallecidos se manifestó en los meses de marzo y abril) (13), la movilidad y la actividad social se han retomado, junto al mantenimiento de medidas para contener el riesgo de contagios y por la seguridad de las personas.

También las actividades productivas, industriales y comerciales se vieron afectadas por fuertes restricciones.

En la fase más aguda de la emergencia, el bloqueo ha sido generalizado, con la única excepción de las actividades consideradas esenciales: supermercados y alimentación, negocios de primera necesidad, farmacias, servicios bancarios, postales, financieros, de seguros, transportes, sector agrícola y zootécnico.

Entre mayo y junio de 2020, el ejercicio de la actividad económica se ha recuperado progresivamente, subordinado al respeto de rigurosos protocolos de seguridad (14). En muchos sectores de la Administración Pública fue impuesta la utilización de medios de trabajo a distancia o teletrabajo (*smart working*).

Con todas estas restricciones, el gobierno intervino también con medidas económicas de ayuda a la población y a los operadores económicos; en particular, cabe señalar el dec.-ley 34/2020, del 19/05/2020 (“Medidas urgentes en materia de salud, ayuda al trabajo y a la economía, más otras de políticas social relacionadas con la emergencia epidemiológica del COVID-19”), que destinó 55.000 millones de euros a favor de la sanidad, de las políticas sociales, del crédito y de la actividad productiva, suma que va mucho más allá de la cuota de los gastos públicos programados anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado.

(13) Pueden verse los datos publicados por el Instituto Superior de la Sanidad (“Dati pubblicati dall’Istituto Superiore della Sanità”).

(14) Puede verse el *dossier* del SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, “La fase 2 per le attività produttive nell’attuale emergenza epidemiologica da COVID”, del 10/06/2020.

### 1.3. Las obligaciones internacionales del Estado ante la situación de emergencia

La situación de emergencia referida debe ser afrontada y gestionada por el ordenamiento italiano en adhesión a (y en respeto de) las obligaciones derivadas del derecho internacional, al cual Italia se ha vinculado voluntariamente (15), con mayor razón desde el momento en que la Constitución italiana no contempla un régimen jurídico para este tipo de situaciones (16).

Se destacan, a nivel universal, los Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency (17); y a nivel regional europeo, las normas (de diverso alcance jurídico, tanto de *hard* como de *soft law*) adoptadas entre las dos organizaciones intergubernamentales en las que Italia participa: la Unión Europea, de la cual nuestro país es miembro fundador, y el Consejo de Europa (con el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH) (18). Ambos ordenamientos han respondido a la pandemia, sobre la vertiente del derecho de los contratos públicos, pero también sobre el respeto, de parte del Estado como parte contratante, de los derechos y libertades fundamentales de las personas también en situación de emergencia.

Respecto de la cuestión de la *rule of law*, se quiere aquí recordar que la Unión “se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Esta-

(15) La referencia es a los arts. 1º, segunda frase, 11 y 117.1 de la Constitución.

(16) Así CARTABIA, M., “L’attività della Corte Costituzionale nel 2019”, 28/04/2020, p. 25.

(17) Los Minimum Standards han sido elaborados a partir del art. 1.3 de la Carta de San Francisco (por la que se establece las Naciones Unidas), la cual declara que el objetivo de la Organización también es “promover y fomentar (entre los Estados miembros) el respeto de los derechos del ciudadano y de las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, sexo, lengua o religión”. Sobre esta materia v. SOMMARIO, E., “Stati di emergenza e trattati a tutela dei diritti umani”, Torino, 2018, específicamente cap. II.

(18) El Convenio Europeo de Derechos Humanos se abrió a la firma el 04/11/1950; Italia se adhirió tras la ley 848 de Autorización, ratificada el 04/08/1955.

do de derecho y respeto de los derechos humanos [...]. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (19).

A esta norma sumamente genérica se le da concreción al vincularla con el art. 6º del propio Tratado de la Unión, que, interviniendo para regular el sistema de fuentes del ordenamiento, afirma sucesivamente que de esto forman parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000-2007), “que tiene el mismo valor jurídico del Tratado”, y los principios generales en materia de derechos del ciudadano “garantizados por el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (20).

El Convenio Europeo es, por tanto, una fuente normativa externa a la Unión que, sin embargo, materializa los principios generales del derecho, que son a su vez fuente interna a la Unión (21).

(19) Véase art. 2º, Tratado de la Unión Europea (TUE).

(20) Art. 6.1 y 3, TUE. El par. 2 evoca el Convenio de Protección como futura fuente del ordenamiento de la Unión, cuando esta haya perfeccionado su adhesión. Sobre el entramado de fuentes en materia de protección de los derechos de la persona y sobre su recíproca interacción, remitimos a PARISI, N., “Funzione e ruolo della Carta dei Diritti Fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona”, *Dir. Un. Eur.*, 2009, ps. 653 y ss. También pueden verse las contribuciones recogidas en el volumen a cargo de BILANCIA, P. — DE MARCO, E., “La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione”, Milán, 2004, pero todavía de gran actualidad.

(21) Actualmente, la ubicación de los principios en la jerarquía de las fuentes de la Unión Europea es controvertida doctrinalmente, además de diferenciarse según el tipo de principio: por todos v. RUSSO, E., “L’interpretazione dei testi normativi comunitari”, Milán, 2008, p. 47; en el sentido de que el principio relativo a la tutela de los derechos y libertades fundamentales de la persona forma ya parte de las fuentes primarias de la Unión, v. ADAM, R. — TIZZANO, A., “Manuale di diritto dell’Unione Europea”, Ed. Giappichelli, Torino, 2017, p. 168; para la hipótesis (reputada por otro lado de “cuestión abstracta”) de que este principio sea subordinado al Tratado de Creación (pero situado a “nivel jerárquicamente superior al derecho derivado”), v. VILLANI, U,

No es casualidad que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establezca: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio” (22); y pretende reafirmar los derechos que emanan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (23), convirtiéndose por tanto este último en un parámetro interpretativo de referencia para el derecho de la Unión Europea.

La estrecha relación entre los dos ordenamientos está fuera de toda duda, habiéndose producido un continuo trasvase de uno a otro y viceversa, poniendo en valor el diálogo entre los dos Tribunales Europeos (de Estrasburgo y de Luxemburgo) que continúa siendo intenso y constructivo (24).

Actualmente, por la situación de emergencia, la referencia convencional obligatoria en el ámbito europeo es el art. 15 del Convenio de Protección, según el cual el Estado parte contratante puede adoptar medidas que deroguen las obligaciones establecidas en el propio Convenio; ello sobre la base de cuatro presupuestos: la amenaza a la vida de la nación determinada por la guerra o por otro peligro público, la estricta necesidad (proporcionalidad) de las medidas adoptadas para afrontar la situación de amenaza

“Istituzioni di diritto dell’Unione Europea”, Bari, 2020, p. 279.

(22) Véase art. 52, pto. 3.

(23) Véase 5º *capoverso*. del Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(24) El tema reenvía al ensayo de RUGGERI, A., “Relazione introduttiva”, en RUGGERI, A. S. — RINOLDI, D. — PETRALIA, V. (a cargo de), *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra Corti Europee e giudici nazionali*, Napoli, 2016, ps. 1 y ss.; CANZIO, G., “La Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e il dialogo fra le Corti”, *Nuova Antologia*, 2019, ps. 17 y ss.; MASTROIANNI, R., “Sui rapporti fra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali”, 19/06/2020. A propósito de la dimensión horizontal del diálogo entre tribunales (italianos y extranjeros) véase, por último, CARTABIA, M., “L’attività della Corte Costituzionale nel 2019”, ob. cit., ps. 12-14.



za, el respeto de otros vínculos internacionales eventualmente implicados, la no derogabilidad de algunas pocas normas convencionales: aquellas que contemplan el derecho a la vida (aunque parcialmente excepcional y solo en casos de guerra), la prohibición de tortura y los tratos inhumanos y degradantes (25), la prohibición de la esclavitud y la irretroactividad de la norma penal.

Aunque el “estado de emergencia” declarado por el gobierno no ha estado vinculado ni ha coincidido con la “situación de emergencia” referida en el art. 15, CEDH, sino que ha cumplido la exclusiva función de activar algunas competencias de las autoridades administrativas implicadas en la gestión referida, no cabe duda de que algunas de aquellas anteriormente descritas e introducidas por las normas italianas para afrontar la pandemia han determinado no tanto los límites en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, sino excepciones a estas últimas, materializándose en suspensiones y restricciones del ejercicio de los derechos (26). Pienso, particularmente, en la prohibición de movimiento y de circulación previamente referida, sin duda una excepción contenida en el art. 2º del Protocolo nro. 4 adyunto al Convenio.

Conforme han hecho una decena de países europeos (27), Italia también debería prudentialmente haber notificado al secretario general

---

(25) “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación, cualquier alta parte contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que del dimanen derecho internacional” (art. 15, párr. 1º).

(26) Sobre este punto, v. RINOLDI, D., “L’ordine pubblico europeo”, Ed. Scientifica, 2012, cap. VI.

(27) Sobre el funcionamiento de la excepción convencional debido a la pandemia, se reenvía a LUGARÁ, R., “Emergenza sanitaria e articolo 15, CEDU: perché la Corte Europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali”, *Osservatorio AIC*, 02/06/2020; CESARO, G. O., “La tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’emergenza COVID-19”, *Il Sole 24 Ore*, 25/03/2020.

del Consejo de Europa las medidas adoptadas y su duración (28).

Si estamos en presencia de una emergencia que tiene una extensión mundial y cuya evolución no es de exclusivo dominio de las autoridades italianas, las medidas nacionales (si se someten al examen del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos) podrían ser consideradas exorbitantes (29); en particular, los jueces europeos pueden considerar que los comportamientos omisivos o comisivos (por órganos del Estado italiano) han perjudicado el derecho a la vida, o que las medidas en materia de confinamiento social han sido desproporcionadas respecto a las necesidades.

## II. La contratación pública en la fase de la emergencia

### II.1. Los efectos de la pandemia sobre el mercado de los contratos públicos

Las restricciones causadas por la emergencia de COVID-19 han tenido un impacto fortísimo sobre el mercado de los contratos públicos y de las concesiones, paralizando de hecho un núcleo estratégico de la economía nacional, cuyo valor en el año 2018 ha sido superior a los 140.000 millones de euros (30). Las consecuen-

---

(28) El apart. 3º del art. 15 dispone de hecho que “Toda alta parte contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al secretario general del Consejo de Europa de la fecha en la que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

(29) Cabe notar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos modula el principio de proporcionalidad a la luz del caso concreto, no en abstracto; sobre este punto, aplicado a la situación determinada del COVID-19, v. LUGARÁ, R., “Emergenza sanitaria...”, ob. cit.

(30) El dato ha sido reportado por la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC) en la “Relazione annuale” presentada en 2019 y referida al 2018, en relación con los procedimientos iniciados para la adjudicación de contratos públicos en los sectores ordinarios y especiales (referidos al agua, la energía, los transportes y los servicios postales). El dato es subestimado respecto a la entidad de este mercado, ya que no tiene en cuenta algunas tipologías de contratos relevantes, ya sea desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo (p. ej., anuncios que

cias se pueden observar desde diversas perspectivas.

II.1.a. Las soluciones jurídicas para afrontar las condiciones de *lock down*

Una primera perspectiva da cuenta de los efectos causados por las medidas de confinamiento social y el bloqueo de la actividad económica. Tales efectos pueden referirse principalmente a la interrupción de las construcciones de obras públicas y del suministro de bienes y servicios.

Desde esta perspectiva, observando las soluciones jurídicas, es posible distinguir aquellas ya presentes en el Código de Contratos Públicos (dec. leg. 50/2016) (31) de aquellas introducidas *ex novo* por el legislador.

Entre las primeras se encuentra el art. 107 del Código de los Contratos Públicos, el cual permite a las Administraciones disponer la suspensión temporal de los contratos por “circunstancias especiales no previsibles al momento de la estipulación”, así como por razones de necesidad o de interés público. La suspensión viene establecida por el tiempo estrictamente necesario y, cuando finalizan las causas que la han determinado, la ejecución prosigue con indicación del nuevo plazo contractual.

El contratista puede solicitar la resolución del contrato si la suspensión es superior a un cuarto de la duración del contrato o al menos a seis meses, en cualquier caso, sin derecho a ninguna indemnización. Si la Administración rechaza la solicitud de resolución, el contratista tiene derecho al reembolso de los gastos más elevados derivados de la extensión de la suspensión.

Siempre con referencia a la suspensión, ha surgido el problema del pago de las prestaciones realizadas por el contratista. La normativa nacional, de hecho, no previendo la emisión del “estado de avance de los trabajos” (32) en co-

tengan como objeto servicios financieros y aseguradores, contratos de hasta 40 mil euros).

(31) Véase el dec. leg. 50/2016, del 18/04/2016, Codice dei Contratti Pubblici.

(32) El “estado de los trabajos” es el documento que periódicamente certifica la ejecución de una cierta can-

respondencia a la suspensión, impide el pago al contratista de los importes acumulados hasta el fin de la fecha de la suspensión. Esta situación agrava la falta de liquidez de las empresas, ya afectadas por la interrupción de la actividad, causando dificultades y acelerando el riesgo de cierre para muchas de ellas.

En este punto se proyecta una modificación legislativa en el sentido de permitir a las Administraciones la emisión del estado de avance al momento de la suspensión, haciendo posible el pago de las actividades realizadas. Esta solución, como señalaba la ANAC, representaría “una ayuda eficaz para los operadores económicos para afrontar la falta de liquidez relacionada con la suspensión de la actividad” (33).

No siempre, en el curso de la emergencia, las Administraciones han podido disponer la suspensión de los contratos.

Pueden considerarse, como ejemplo, los servicios de limpieza y restauración en el ámbito sanitario y socio-asistencial, o las obras de construcción urgentes. En estos casos, el contratista ha continuado proporcionando las prestaciones con el perjuicio de los costes necesarios para garantizar las medidas de seguridad de los trabajadores y de las personas involucradas, por ejemplo, reorganizando los turnos del personal, dotándolo de mascarillas e instrumentos de protección, proporcionando intervenciones o elementos sistemáticos de saneamiento, etcétera.

Para tales importantes costes, no imputables a la negligencia de las partes ni previsibles, se ha podido hacer referencia al art. 106 del Código de los Contratos Públicos, norma que permite la adopción de modificaciones contractuales sin necesidad de celebrar un nuevo procedimiento de adjudicación, siempre que las modificaciones sean necesarias y en el límite del 50% del valor inicial del contrato. Corresponde a las Administraciones comunicar *ex post* el contenido

de trabajos/actividades con la finalidad de calcular el importe que la Administración debe pagar al contratista por el desarrollo del contrato.

(33) Véase ANAC, “Atto di segnalazione”, 29/04/2020, nro. 5.

y la entidad o magnitud de las modificaciones a la ANAC.

Otras soluciones jurídicas para afrontar los efectos causados por las restricciones han sido introducidas *ex novo* por el legislador.

Entre las más significativas, se señala la exclusión de la responsabilidad del contratista por retrasos causados por el respeto de las medidas de emergencia, exclusión que se amplía también al caso de penalizaciones relacionadas con el retraso e incumplimientos (34).

El legislador, en otras palabras, ha establecido de un modo generalizado que la propagación de la emergencia sanitaria y las medidas de contención adoptadas deben considerarse una causa de fuerza mayor que, incidiendo en todo o en parte en la ejecución de los contratos, no determina la imputabilidad del contratista. La exclusión subsiste solo en el caso en que exista un vínculo entre los retrasos o los incumplimientos contractuales y las medidas de emergencia.

Otra regla introducida *ex novo* ha afectado a la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos comprendidos entre el 23/02/2020 y el 15/05/2020 (35).

El impacto (y las deficiencias) de esta solución sobre el mercado de los contratos públicos ha sido fácilmente intuible. Para evitar el bloqueo generalizado de los procedimientos de adjudicación, el legislador ha establecido que las Administraciones Públicas adopten medidas idóneas para asegurar la duración razonable y la rápida conclusión de los procedimientos, con prioridad de aquellos urgentes. Sobre la base de dicha precisión, las Administraciones han podido por tanto valorar la oportunidad de suspender o no los procedimientos de adjudicación ya

(34) Véase el art. 91, inc. 1º, dec.-ley 18/2020, del 17/03/2020, convertido por la ley 27, del 24/04/2020, según el cual "El respeto de las medidas de contención [...] es siempre valorado a los fines de la exclusión [...] de la responsabilidad del deudor, también relativamente a la aplicación de las inhabilitaciones o sanciones relacionadas con retrasos o incumplimientos".

(35) Véase el art. 103, inc. 1º, dec.-ley 18/2020, del 17/03/2020, convertido por la ley 27, del 24/04/2020, y después modificado por el art. 37 del dec.-ley 23/2020, del 08/04/2020, convertido por la ley 40, del 05/06/2020.

programados y/o en curso de ejecución entre el 23 de febrero y el 15 de mayo. También la ANAC ha recomendado a las Administraciones que inicien solamente los procedimientos considerados urgentes e inaplazables.

II.1.b. Las soluciones jurídicas para afrontar la demanda de bienes y servicios

Otra perspectiva es aquella que da cuenta de las soluciones a disposición de las Administraciones para satisfacer el enorme aumento de la demanda pública, en forma de instrumental médico, dispositivos de protección (guantes, mascarillas, respiradores), infraestructuras hospitalarias e informáticas.

La emergencia causada por el COVID-19, de hecho, ha determinado no solo un pico de la demanda pública de bienes y servicios similares, sino también la exigencia para las Administraciones de adquirirlos muy rápidamente, con amplia discrecionalidad, superando las cargas normalmente asociadas a los procedimientos de negociación pública.

Esta situación está determinando un verdadero y propio *shock* del sistema nacional de los contratos públicos (36), cuyo funcionamiento (a causa también de un marco normativo fragmentado, estratificado y poco coordinado) es considerado oneroso, burocrático e inidóneo para la consecución de los objetivos de celeridad y buen funcionamiento (37).

(36) En Italia, la formación de estos contratos está presidida por cautelas particulares, especialmente en la fase de selección de las empresas, que no puede ser operada sobre la base meramente discrecional y fiduciaria, sino que debe iniciarse a través del desarrollo de procesos de licitación/confrontación concurrencial. Razones de interés público (*in primis*, el uso de dinero público) vinculan las secuencias y los contenidos de la acción negociada: desde la decisión de adjudicar el contrato hasta la identificación de los contratantes, a la definición de los contenidos contractuales. El conjunto de estos vínculos tiene por finalidad garantizar que: i) la elección del contratista sea conforme a los principios de buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración; ii) la oferta seleccionada sea aquella más adecuada y ventajosa para el comprador público.

(37) Tales valoraciones encuentran su confirmación también en los resultados de los sistemas de medida de la capacidad de gestión de los recursos públicos. Con referencia al ámbito nacional, véase el estudio de CARLUCCI,



Algunas soluciones ya están presentes en las normas del Código de los Contratos Públicos (dec. leg. 50/2016) (38), otras se remiten a las medidas adoptadas *ex novo* por el legislador.

Entre las primeras, se señalan aquellas que permiten la reducción de los tiempos del procedimiento de adjudicación (39). Las Administraciones, de hecho, pueden reducir los plazos ordinarios de presentación de las ofertas “por razones de urgencia debidamente motivadas”.

Esta solución tiene el mérito de limitar de modo significativo los plazos (40) y, al mismo tiempo, garantizar el respeto de los principios

C. — GIORGIANTONIO, C. — ORLANDO, T., “Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinazioni”, *Collana Questioni di Economia e Finanza. Occasional Papers della Banca d'Italia*, diciembre/2019. Consideraciones análogas se pueden presentar sobre la base del Single Market Scoreboard — Public Procurement, instrumento de medición elaborado por la Comisión Europea para la vigilancia y el funcionamiento del mercado de los contratos públicos en los Estados miembros de la Unión Europea. Las medidas se efectúan aplicando una serie de indicadores a los datos referentes a los contratistas de interés europeo publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea. El sistema tiene el mérito de ofrecer una visión directa de las actuaciones nacionales, en particular de la capacidad de efectuar compras obteniendo una buena relación calidad-precio en el respeto de los principios de transparencia, igualdad de trato y buen funcionamiento. En comparación con la media europea, Italia no obtiene resultados positivos.

(38) Para una panorámica detallada de las soluciones previstas por la normativa de los contratos públicos, véase el documento de la ANAC, “Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel Codice dei Contratti e nell’attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento”, del 22/04/2020.

(39) Véase el art. 60, apart. 3º, y el art. 61, apart. 6º, del Código de los Contratos Públicos. La emergencia sanitaria causada por el COVID-19 constituye una motivación válida para realizar más rápidamente los procedimientos por obras, bienes y servicios de primera necesidad.

(40) En el caso de los procedimientos abiertos, los plazos para la presentación de ofertas se reducen de 35 a 15 días, y a 10 días para las ofertas electrónicas; en el caso de los procedimientos restringidos (en los que cada operador económico puede solicitar participar y solamente aquellos invitados por las Administraciones pueden presentar ofertas), el plazo es de 10 días.

de igualdad de trato y de transparencia, de hecho, asegurando la concurrencia también en el caso de urgencia. No puede ocultarse, además, que la reducción afecta solo a una fase inicial (y marginal) de los procedimientos (inherente a la presentación de las ofertas); en este sentido, la aceleración impresa puede resultar en conjunto insuficiente respecto a la urgencia referida.

El Código de los Contratos Públicos ofrece otras soluciones que permiten a las Administraciones efectuar las compras en el marco de pocos días o incluso pocas horas.

Aquí nos referimos, sobre todo, al “procedimiento negociado sin publicación”, admitido en presencia de casos absolutamente excepcionales y taxativamente previstos, entre los cuales se encuentra “la extrema urgencia derivada de los eventos impredecibles”. Se trata de un procedimiento que, precisamente por las condiciones por las que se admite, está pensado por el legislador [sea europeo (41) o nacional (42)] como excepción a los generales de garantía, publicidad y transparencia. Representa, por tanto, un

(41) El procedimiento negociado sin la previa publicación es objeto de reglas comunes establecidas por la Unión Europea, aplicables a todos los Estados miembros (art. 32 de la Directiva 2014/24/UE). Aquella del legislador europeo es, de hecho, una disciplina extremadamente corta, que se limita a precisar los casos y las circunstancias que pueden justificar la utilización del procedimiento, sin aportar precisiones sobre las formas de publicidad, la duración del procedimiento, el número de candidatos y otras obligaciones. Ello ha sido confirmado también por la Comisión Europea, que ha publicado una serie de aclaraciones sobre la interpretación de este procedimiento: “no hay ninguna norma de procedimiento regulada a nivel de la Unión Europea. En la práctica, esto significa que las autoridades pueden actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, y el procedimiento puede constituir una adjudicación directa *de facto* sujeta únicamente a limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real y la velocidad de entrega”. Véase la comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 108, 01/04/2020, pto. 1. De modo distinto, la normativa nacional regula este procedimiento con algunas reglas añadidas que deben ser tenidas en cuenta por las Administraciones.

(42) Véase el art. 36, apart. 2º, inc. c), y el art. 63 del Código de los Contratos Públicos.

procedimiento de naturaleza excepcional (43), cuyo uso debe ser objeto de una adecuada motivación por parte de las Administraciones (44).

La celeridad permitida por este procedimiento interesa principalmente en la fase de la selección de las ofertas. La Administración, de hecho, puede negociar directamente con un número limitado de operadores (al menos cinco), respetando los principios de transparencia, concurrencia y rotación (45).

Otro procedimiento simplificado hace referencia a la compra de obras, bienes y servicios “de suma urgencia o de protección civil” (46). Ello es aplicable previa redacción de un “acuerdo verbal de suma urgencia”, en el que el técnico de la Administración indica el motivo del estado de emergencia, las causas que lo han provocado y las actividades necesarias para remediarlo. Sobre la base de este verbal, puede disponerse la inmediata ejecución del contrato.

En ambos procedimientos, las empresas acreditadas con autocertificaciones que poseen los requisitos solicitados por la legislación a efectos de la estipulación y de la ejecución de los contratos públicos. La Administración verifica la existencia de los requisitos dentro de los se-

---

(43) Dado que los poderes adjudicadores se apartan del principio básico del Tratado relativo a la transparencia, el Tribunal exige que el recurso a este procedimiento tenga carácter excepcional; sobre el tema, para una panorámica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase MICHARA, P., “Procedure negoziate”, en BENACCHIO, G. A. M. — COZZIO, F. T. (a cargo de), *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea. Raccolta dei principali arrêts della Corte di Giustizia*, Ed. Università degli Studi di Trento, Trento, 2016, t. 1, ps. 27 y ss.

(44) Véase el art. 32, párr. 2º, inc. c), de la Directiva Europea 2014/24/UE, según la cual este procedimiento puede ser utilizado “en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación”; véase “Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública...”, ob. cit.

(45) Véase el art. 63, párr. 6º, del Código de los Contratos Públicos.

(46) Véase el art. 163 del Código de los Contratos Públicos.

enta días siguientes a la concesión y, en caso de que se constate su ausencia, rescinde el contrato, resultando obligado solamente al pago de las prestaciones ya realizadas. De tal circunstancia se envía comunicación a la ANAC.

Luego están las soluciones introducidas *ex novo* por el legislador para hacer frente al aumento imprevisto y a la urgencia de la demanda pública.

Se señalan, por ejemplo, las disposiciones cuya finalidad consiste en facilitar la adquisición de dispositivos de protección y de uso médico como excepción al Código de los Contratos Públicos, permitiendo también el pago anticipado de la totalidad del suministro (47).

Disposiciones específicas, además, permiten la aplicación del procedimiento negociado sin publicación para la realización de iniciativas en apoyo de la internacionalización de las empresas nacionales (48).

Hasta el 31/12/2020, además, el procedimiento negociado sin publicación puede ser utilizado también para la compra de bienes y servicios informáticos y servicios de conectividad. En estos casos, las Administraciones seleccionan al contratista entre, al menos, cuatro operadores económicos, de los cuales al menos una “*startup* innovadora” o una “pequeña o mediana empresa innovadora”. Los contratos pueden tener una duración máxima de tres años. Se reconoce a la Administración una facultad de rescisión unilateral, ejercitable dentro de los doce meses de la ejecución, sin gastos a cargo de la Administración (49).

---

(47) Véase el art. 5º bis y el art. 5º quinquies del dec.-ley 18/2020, del 17/03/2020, convertido en ley por el art. 1º, apart. 1º, ley 27, del 24/04/2020.

(48) Véase el art. 72 del dec.-ley 18/2020, del 17/03/2020, convertido en ley por el art. 1º, párr. 1º, ley 27, del 24/04/2020. Entre las medidas autorizadas, se señala la realización de una campaña de comunicación a favor de las exportaciones italianas y la internacionalización del sistema económico nacional en el sector agroalimentario y en otros sectores golpeados por la emergencia de COVID-19.

(49) Véase el art. 75 del dec.-ley 18/2020, del 17/03/2020, cit.

Soluciones para compras simplificadas, como excepción al Código de los Contratos Públicos, han sido introducidas para favorecer a las instituciones educativas que se doten de dispositivos móviles, de plataformas e instrumentos digitales y para el aprendizaje a distancia (50).

Hasta el 31 de julio, además, el suministro de bienes y de servicios para utilizar en las actividades de la lucha contra la emergencia de COVID-19 puede realizarse mediante concesión directa si es financiado exclusivamente mediante donaciones de personas físicas o jurídicas privadas, con la condición de que la concesión sea conforme a los motivos de la donación (51).

Estos ejemplos son solo algunas de las soluciones que permiten a la Administración reaccionar ante la necesidad causada por la emergencia sanitaria y dotarse de bienes y servicios necesarios en el menor tiempo posible.

Las observaciones que hemos realizado desde las distintas perspectivas muestran que la reacción de las instituciones ha sido muy rápida, las decisiones, valientes (Italia ha sido el primer Estado europeo en imponer drásticas restricciones a la vida social y económica), y las soluciones no han carecido de ingenio.

No faltan, sin embargo, razones para mantener una postura crítica.

La situación de emergencia está imponiendo nuevos y provisionales equilibrios entre los valores que presiden el funcionamiento del mercado de los contratos públicos: más velocidad, menos transparencia, menos publicidad, menos concurrencia, menos formalismo y menos controles (52).

(50) Véase el art. 120 del dec.-ley 18/2020, del 17/03/2020, cit.

(51) Véase el art. 99, párr. 3º, del dec.-ley 18/2020, del 17/03/2020, cit.

(52) Encontramos una situación similar también en España, como señala GIMENO FELIU, J. M., "La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas", 22/04/2020, según el cual "la crisis sanitaria permite eludir el principio de tensión competitiva de los mercados, relajar reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para facilitar el mantenimiento de empleo, fomentar la com-

Es precisamente en estas situaciones donde las razones de la emergencia redeterminan las prioridades y las reglas del actuar negocial de las Administraciones, que convierten en estratégica la acción de *governance* del mercado.

## II.2. La contribución ofrecida por la autoridad de *governance* del mercado de los contratos públicos, en particular de la Autoridad Nacional Anticorrupción

El Código de los Contratos Públicos dispone que el gobierno del mercado de los contratos y de las concesiones públicas en Italia sea confiado a la dirección y coordinación de una "Cabina de Control" (53), como estructura nacional de referencia también en materia de cooperación con la Comisión Europea, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias y del cumplimiento de las obligaciones de asistencia y cooperación recíproca entre los Estados miembros.

Coadyuva a la Cabina de Control la ANAC, cuya responsabilidad y funciones están identificadas siempre en el mismo Código (54). La Cabina de Control (aunque formalmente constituida) nunca ha estado operativa, y la ANAC ha ejercido en gran medida un papel de suplencia; ello debido al hecho de ser la única institución del país que tiene una visión de conjunto del mercado de los contratos públicos, gracias al banco de datos que posee y gracias al ejercicio de los poderes consultivos, de vigilancia y regulatorios. Sin embargo, es indudable que este marco o estructura muestra una debilidad del sistema, que carece de una autoridad de gobierno político del sector.

### II.2.a. Naturaleza y funciones de la Autoridad Nacional Anticorrupción

De un modo anómalo respecto a la constitución de otros entes administrativos, la institución y la identificación del papel de la ANAC no se localizan en una sola ley; desde esta perspec-

pra de proximidad e incluso adquirir productos en mercados extranjeros anticipando el precio frente a la regla de la previa entrega".

(53) Art. 212, dec. ley. 50/2016, cit.

(54) Art. 213, dec. cit.

tiva, puede ser considerada una autoridad “en progresiva formación”.

Ella nace institucionalmente en el 2014 (55) de la fusión por incorporación de la *Autoridad de Vigilancia de los Contratos Públicos* (AVCP) y de la *Comisión Independiente para la Valoración, la Transparencia y la Integridad de las Administraciones Públicas* (CIVIT); pero los poderes y las competencias a ella atribuidos provienen de la ley 190/2012 y de sucesivos actos legislativos (56). Desde el punto de vista de su calificación jurídica, la ANAC es una autoridad administrativa independiente (57) a la que el legislador ha encomendado la responsabilidad y los poderes para ayudar a los entes de la Administración Pública y algunas categorías de entes de derecho privado (58) en la acción de preven-

ción y de lucha contra la ilegalidad y la corrupción.

La acción para la cual la ANAC ha sido llamada “se explica [...] con el objetivo de crear en las Administraciones un *humus* contrario al arraigo de la corrupción, responsabilizándole a través de la atribución de un papel proactivo [...] y llamando a los ciudadanos, por el trámite de la transparencia, a que hagan su parte como principales controladores de la máquina” (59).

La dimensión administrativa de su rol y de su actividad emerge de la función a ella conferida, de las modalidades de su ejercicio y de los ámbitos en los cuales está llamada a intervenir. En extrema síntesis, la prevención de la corrupción y de la ilegalidad se realiza proveyendo que el conjunto de la Administración Pública:

— Adopte procedimientos apropiados dirigidos a la prevención de la ilegalidad y de la corrupción, según la metodología internacionalmente acreditada del *risk assessment* y *managment* (60).

— Presida la integridad de cada componente de la Administración Pública, ya sea concurando casos de conflictos de intereses, de incompatibilidad y de inconferibilidad, ya sea administrando las situaciones de conflicto de intereses también en el trámite de la adopción de códigos de comportamiento “a medida”.

— Intervenga sobre la transparencia de la actuación pública para garantizar tanto su cono-

tice la posesión de los requisitos establecidos en el Código las entidades que ejecuten obras públicas en subastas superiores a 150.000 euros. Finalmente, la ley 179/2017, extendiendo la tutela de los *whistleblowers* al sector privado, ha asignado a la ANAC poderes adicionales instructores y sancionatorios.

(59) CANTONE, R., “Intervento del presidente dell’ANAC (nell’occasione della presentazione della Relazione annuale)”, Roma, 2019, ps. 20-21.

(60) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), “Trust in government ethics measures in OECD countries”, 2020; COMISIÓN EUROPEA, “Reforzar en mayor medida el Estado de derecho en la Unión”, COM (2019)163 final, 03/04/2019; véase MANACORDA, S. — FORTI, G. — CENTONZE, F. (eds.), “Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model”, Ed. Springer, Berlín, 2014.

(55) Dec.-ley 90/2014, del 24/06/2014, convertido con modificaciones en la ley 114, del 11/08/2014.

(56) Véase PARISI, N. — CHIMENTI, M., “Il ruolo dell’ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici”, *Dir. Comm. Int.*, ps. 419 y ss.; PARISI, N., “La centralità dell’ANAC nella regolazione e vigilanza per prevenire la corruzione”, en ITALIA, V. (a cargo de), *Codice degli appalti/2. La guida alle nuove regole*, Ed. Il Sole 24 Ore, mayo/2016, ps. 9 y ss.

(57) La calificación de la ANAC como autoridad administrativa independiente se obtiene de la normativa nacional que la crea (art. 22, dec. leg. 90/2014), de las modalidades de su funcionamiento, organización y ordenamiento (art. 52 quater, dec. leg. 50/2017), también del ordenamiento económico de su personal (art. 1298, ley 205/2017). El Consejo de Estado ha constatado el *status* de autoridad administrativa independiente de la ANAC “en virtud de la función de garantía por ella desempeñada y de los delicados intereses subyacentes a la disciplina de los contratos públicos” (dictamen 1920, del 14/09/2016). Desde el 2014, la ANAC está acreditada en el *Directory* de la United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) como autoridad nacional constituida en virtud del art. 6º, UNCAC. Sobre el tema de las autoridades administrativas independientes, véase, por todos, CARINGELLA, F., “Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali”, Milano, 2018, t. I, ps. 1033 y ss.

(58) Dec. leg. 175/2016 y dec. leg. 97/2016; *adde* ANAC, “Linee guida”, nro. 1134/2017; sobre el tema v. CANTONE, R., “La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla ‘riforma Madia’ della Pubblica Amministrazione”, *Rivista delle Società*, 2018, ps. 233 y ss. La ANAC ejerce poderes de vigilancia también sobre la Sociedad de Organismos de Certificación (SOA), entes de derecho privado constituidos en forma de sociedad competentes para calificar (mediante la expedición de una certificación que garan-

cimiento como el derecho fundamental de la persona a la información **(61)**.

En cada uno de estos tres ámbitos, la ANAC tiene poderes de intervención. Ocupa funciones de vigilancia y control (también mediante el ejercicio de poderes instructores y de inspección), de regulación (mediante la adopción de actos de alcance general), de solución de las controversias en vía precontenciosa, consultiva, de orden y sancionadoras, de *advocacy*, de información (mediante la gestión de los flujos informativos), también de profundización y difusión del conocimiento, de coordinación interinstitucional, de administración activa, sumándose a todos estos algunos poderes monocráticos atribuidos a su presidente, también a la acción de un Tribunal Arbitral.

II.2.b. La acción de lucha y prevención del fenómeno de la corrupción operada por la Autoridad Nacional Anticorrupción

Una atención particular merece la prevención de la ilegalidad y de la corrupción en el sector de los contratos públicos, con motivo de su relevancia económica y estratégica para el país y por la exposición, quizás mayor que en otros sectores, al riesgo de conductas de desvalor.

En este ámbito, el hecho de que la ANAC haya sido constituida por la integración de las funciones de CIVIT con aquellas de la AVCP ha supuesto las condiciones idóneas para vigilar los contratos públicos con mayor efectividad también desde la perspectiva de la prevención de la corrupción y no solamente de aquella referida al principio de legalidad, de buen funcionamiento y de imparcialidad en la actuación pública.

Resulta sintomático lo que dispone el Código de los Contratos Públicos, según el cual la ANAC “garantiza la promoción de la eficiencia y la calidad de las actividades de las entidades contratistas” **(62)** y “actúa también con la finalidad de prevenir y luchar contra la ilegalidad y la co-

(61) Sintéticamente, y en general sobre los orígenes de la ANAC, sobre su naturaleza jurídica y las funciones por ella cubiertas, v. CANTONE, R., “Il sistema della prevenzione della corruzione”, Torino, 2020, ps. 301 y ss.

(62) Véase art. 213, inc. 3°, Código de los Contratos Públicos.

rupción” **(63)**. El *presidium* sobre la legalidad formal, de un lado, y sobre la eficiencia, eficacia y economía, de otro, no están por tanto desconectados.

Ahora bien, el presupuesto de la eficacia de la acción de prevención (no importa en qué sector) es el enfoque colaborativo. No puede ser de otra manera cuando la prevención se aplica a la acción de lucha contra la ilegalidad.

El enfoque identificado por el legislador con la ley 190/2012 no es por tanto de control *ex post* sobre el funcionamiento de las entidades, sino más bien de orientar sus comportamientos en la búsqueda de soluciones útiles para garantizar, junto al mencionado resultado, también la correcta actuación administrativa **(64)**.

Se trata de un enfoque colaborativo que tiene muchas dimensiones: se manifiesta en los informes con las partes interesadas (públicas y privadas) que operan en los sectores de su competencia; con las asociaciones exponenciales de la sociedad civil; con los particulares interesados por la actividad desarrollada por la Autoridad; con las otras instituciones y entes públicos, nacionales e internacionales.

Es particularmente significativo, por ejemplo, el diálogo mantenido con el Consejo de Estado, al que la ANAC ha solicitado pronunciarse sobre algunos propios actos de regulación de alcance general **(65)**.

También es una expresión de este enfoque el poder de *advocacy*, o de dirigir al gobierno y al Parlamento indicaciones sobre disfunciones, aplicaciones desviadas de las normas, posibles intervenciones legislativas para aclarar dudas

(63) Véase art. 213, inc. 1°, Código de los Contratos Públicos.

(64) CHIMENTI, M., “Il ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici”, en NICOTRA, I. (a cargo de), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2016, p. 49; DELLA SCALA, M. G., “I profili organizzativi della prevenzione della corruzione e il ruolo dell’ANAC tra funzionalità e semplificazione”, en D’ALBERTI, M. (a cargo de), *Corruzione e Pubblica Amministrazione*, Nápoles, 2017, p. 764.

(65) Véase el dictamen 855 del Consejo de Estado, com. especial del 01/04/2016, pto. II.



interpretativas o superar las críticas en su aplicación; de estipular, para el mejor ejercicio de las respectivas competencias, protocolos de colaboración con órganos nacionales, entes internacionales, universidades y organizaciones no gubernamentales.

### II.3. La contribución de la Autoridad Nacional Anticorrupción al desafío de la pandemia

Habida cuenta de la variedad de los fines, las soluciones jurídicas mencionadas tomadas urgentemente por el gobierno han tenido también efectos perjudiciales deseados, a los que la Autoridad ha intentado hacer frente y reparar (si bien no pudiendo intervenir directamente sobre la legislación de primer rango), utilizando algunas de las competencias otorgadas y adoptando medidas consideradas determinantes (66).

Se señalan, como ejemplo, las disposiciones contenidas en los decs.-leyes 18/2020 (denominado *Cura Italia*) y 23/2020 (denominado *Liquidità*), que han determinado un efecto de parálisis sobre el mercado de los contratos públicos.

En particular, el art. 103 del dec.-ley *Cura Italia*, que dispone la suspensión de todos los plazos relativos a los procedimientos administrativos (a instancia de parte) pendientes al 23 de febrero o iniciados después de esa fecha, podría haber tenido un alcance perturbador, con el riesgo, en primer lugar, de causar inmediatamente una parálisis injustificada de las licitaciones y, en segundo lugar, de determinar una escasez de suministros, aunque solo sea indirectamente, destinados a la gestión de la emergencia sanitaria.

Por propia deliberación (67), la Autoridad ha propuesto soluciones viables para autorizar una rápida reanudación de los procedimientos administrativos interrumpidos o retrasados. Se trata de soluciones que no cambian la legislación, extrapolando del Código de los Contratos Públicos las normas que permiten la adjudicación

de los contratos públicos de forma simplificada ante situaciones de urgencia y/o emergencia.

En esta misma perspectiva, la Autoridad ha elaborado un documento de evaluación de todas las disposiciones que aceleran y simplifican los procesos de adjudicación (68), así como un vademécum que reagrupa los institutos aplicables en caso de emergencia dispersos entre el Código de los Contratos Públicos, normas especiales y ordenanzas de protección civil (69).

La Autoridad además ha ejercido poderes consultivos, de regulación y de vigilancia (*ex post*), de “suma urgencia y de protección civil”, utilizados por las Administraciones en relación con los precios relativos a los bienes y servicios adquiridos para hacer frente a la emergencia. A través de indicaciones de *benchmarking*, ha controlado la subida injustificada de precios y ha respondido a las numerosas “instancias de congruencia” formuladas por las Administraciones. Se considera que en el mes de mayo de 2020 esta actividad consultiva abarcó adquisiciones que en conjunto comprendían 43 millones de euros.

También en vista de la reanudación de las actividades productivas, la Autoridad ha indicado al gobierno y al Parlamento la oportunidad de prever medidas *ad hoc* referidas al desarrollo de los procedimientos de licitación para la adjudicación de contratos públicos y su ejecución (70).

También ha pedido al gobierno y al Parlamento la adopción de una intervención normativa urgente para exonerar a las Administraciones y a las empresas del pago previsto para los procedimientos de licitación iniciados (71) hasta el 31/12/2020 (72). Esta medida representa una contribución concreta a los operadores del mercado que sufren por problemas de liquidez financiera, y al mismo tiempo constituye un in-

(68) Véase ANAC, deliberación del 22/04/2020.

(69) Véase “Vademecum ANAC per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici”, 30/04/2020.

(70) ANAC, “Atto di segnalazione”, nro. 4, 09/04/2020.

(71) Véase el art. 1º, inc. 65 y inc. 67, de la ley 266, del 23/12/2005.

(72) ANAC, deliberación 289, 01/04/2020.

(66) Así DONATO, L. (a cargo de), “Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza”, Ed. Banca d'Italia, Roma, 2020, ps. 323-324.

(67) ANAC, deliberación 312, 09/04/2020.

centivo para la participación de las empresas en nuevos procedimientos de adjudicación.

En la misma dirección, cabe señalar la disponibilidad de la Autoridad para poner a disposición parte del propio presupuesto (cerca de 40 millones de euros) para exonerar (desde el 19/05/2020 hasta el 31/12/2020) a los operadores y a las Administraciones del pago solicitado para obtener el “código identificativo de licitación” (denominado CIG). El código es asignado por la Autoridad a cada procedimiento iniciado por las Administraciones y permite la trazabilidad de todos los flujos financieros vinculados al contrato (a efectos de control y antiblanqueo). De este modo, la trazabilidad se realiza sin atribución de mayores gastos a los operadores (73).

Se pone particular énfasis en la exigencia de proceder rápidamente hacia la digitalización de los procedimientos, para así conseguir también una situación de transparencia administrativa, que la urgencia tiene a descuidar (74). Con ello, la Autoridad pretende dirigir la praxis hacia la adopción de comportamientos homogéneos en los procedimientos de licitación y en la fase de ejecución, proporcionando una contribución constructiva en un momento dramático para el crecimiento del país (75).

Otra medida se centró en un conjunto de recomendaciones a las Administraciones a efectos de reducir el riesgo de aceptar garantías financieras no válidas o de incurrir en contenciones e impugnaciones (76). Estas indicaciones han sido elaboradas junto a otras autoridades administrativas independientes (Instituto para la

(73) ANAC, comunicado del presidente, 20/05/2020. El gobierno ha introducido tales disposiciones en el art. 65 del dec.-ley 34/2020 (*decreto rilancio*), todavía no convertido en ley. La ANAC además ha comunicado que los pagos para la compra de cupones de comida y para comprar derechos de productos alimentarios no quedan sujetos a la obligación de adquisición del CIG, ni a efectos de la trazabilidad ni a efectos del cumplimiento de las obligaciones de comunicación a la Autoridad (comunicado del presidente, 09/04/2020).

(74) Véase ANAC, comunicado del presidente, 09/04/2020; también la deliberación 312, 09/04/2020.

(75) Véase DONATO, L. (a cargo de), “Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione...”, ob. cit., ps. 323-324.

(76) Véase el comunicado del 28/05/2020.

Vigilancia de Seguros —IVASS—, Banca d’Italia, Autoridad Garante del Mercado y de la Competencia —AGCM—).

Ejerciendo los propios poderes de vigilancia sobre el mercado, la Autoridad ha intervenido de varias formas en el tema de la suspensión de los trámites administrativos, la prórroga de los plazos, también la suspensión de los procedimientos de su competencia, para permitir a las Administraciones que se concentren en las actividades relacionadas con la emergencia sanitaria, y a los operadores, que no se vean sometidos a trámites administrativos.

Cabe además valorar la forma de vigilancia denominada “colaborativa” (77), facilitando la rápida conclusión de los protocolos relativos a la activación. De este modo, ha sido posible apoyar a las Administraciones, especialmente en lo que se refiere a las tareas de gestión de la emergencia y de la urgencia.

La Autoridad ha adoptado soluciones específicas para el ejercicio de la función de vigilancia, a efectos de evitar que las investigaciones incidan sobre la operatividad de las Administraciones y ralenticen los procedimientos. En particular, ella ha puesto atención al uso de comportamientos especulativos y depredadores de parte de las entidades situadas en diversos puntos de la cadena de suministro de bienes y servicios esenciales en la emergencia sanitaria, con el objetivo de identificar los problemas que se han producido y, consecuentemente, las medidas correctoras para superarlos. Respecto a los primeros, gracias a una investigación informativa sobre el panorama de las concesiones en régimen de emergencia, la Autoridad ha detectado problemas con la subida anormal de los precios, desviaciones de calidad, de cantidad, de tiempo respecto a los suministros requeridos; interrupciones en las relaciones contractuales y la falta o ausencia de los requisitos solicitados para contratar con las Administraciones Públicas (78).

Por último, cabe señalar la función recientemente asignada a la Autoridad en materia de su-

(77) Véase art. 213, inc. 3°, inc. h), Código de los Contratos Públicos.

(78) ANAC, “Relazione annuale al Parlamento, 2019”, Roma, 2020, p. 24.

pervisión de la financiación prevista en el ciclo de programación del presupuesto de la Unión Europea para 2021-2027. Esta función se asignó al término de un trabajo de consulta interinstitucional que duró más de un año y que continuó paralelamente a la aprobación del Reglamento de la Unión Europea relativo al funcionamiento de los fondos de financiación de gestión compartida durante dicho período (79). En particular, la Presidencia del Consejo de Ministros ha decidido supervisar la evaluación de la fase relativa a la detección de la “condición habilitante horizontal” a través de la ANAC.

La Autoridad ha insistido mucho en que no se rebajasen los estándares de transparencia, a pesar de la necesidad de proceder rápidamente en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. A pesar de haber decidido suspender las obligaciones de publicación establecidas en el Código sobre transparencia y, contextualmente, la suspensión de la propia actividad de vigilancia, sin embargo, ha solicitado a las Administraciones la publicación de los datos en la medida en que la situación lo haya permitido.

También en materia de transparencia, la Autoridad ha puesto una particular atención al régimen de las libertades destinadas a las Administraciones, invitándolas a la publicación de los datos, tanto de los recibidos como de los utilizados.

### III. Reflexiones sobre el futuro del sistema italiano de los contratos públicos

#### III.1. Soluciones para la emergencia y soluciones para la reconstrucción

Lo que hasta aquí se ha descrito constituye el contexto en el que se insertan las medidas y las intervenciones adoptadas en el sector de los contratos públicos por las instituciones, la

(79) Propuesta de Reglamento por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo y Migración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Gestión de las Fronteras y Visados, COM (2028) 375 final, 29/05/2018.

ANAC y las Administraciones para hacer frente a la necesidad causada por el COVID-19.

Este contexto materializa el primer nivel de la respuesta instaurada en Italia: la respuesta a la emergencia.

Si bien la crisis sanitaria aún no ha terminado, es necesario trasladar rápidamente la atención al nivel siguiente, de la reconstrucción, en particular al marco jurídico en el que se moverán el Estado y las Administraciones. En otras palabras, es necesario pensar las bases de la “nueva normalidad”, que “debe servir para una nueva oportunidad, a modo de *think tank* (frente a la tendencia del *no think, thanks*), para repensar [...] nuestra arquitectura jurídica” (80).

Todavía no vemos con claridad aquello que podrá suceder, ni tenemos la pretensión de conocerlo ni de presentar conclusiones definitivas. La crisis ha sido tan inesperada y tan virulenta que cualquier pronóstico correría el riesgo, en el estado actual, de convertirse en una apuesta.

Sin embargo, existen condiciones para trazar algunas coordenadas sobre las cuales repensar las reglas y el funcionamiento (también) del mercado de los contratos públicos.

A este mercado, de hecho, se le asigna una función crucial para la reanudación de las actividades económicas.

Gran parte de los recursos que la Unión Europea y los Estados miembros, incluida Italia, están destinando para reaccionar ante la contracción de la economía (81) transitarán a

(80) Véase GIMENO FELIU, J. M., “La ‘nueva’ normalidad”, *Heraldo* del 16/06/2020.

(81) Sin embargo, las restricciones impuestas han ralentizado la vida económica. Las cadenas de suministro y las líneas de producción han sido alteradas, y el comercio de bienes y servicios, interrumpido. El gasto de los hogares y la inversión privada se han desplomado a mínimos históricos. Las estimaciones de la Comisión Europea indican que el producto interno bruto (PIB) de la Unión Europea ha caído aproximadamente un 15% en el segundo trimestre de 2020 con respecto al mismo período del año pasado. En términos globales, se espera que la economía de la Unión Europea sufra una caída media de más del 7% en 2020. Los efectos y el potencial de recuperación también dependen de la estructura demográfica o económica de cada país; para determinados países, la recesión



través de la realización de infraestructuras materiales y tecnológicas, la potenciación de los servicios, las iniciativas ligadas al *Pacto Verde Europeo* (82) y a la economía circular (83).

La demanda pública se presenta por tanto como uno de los *drivers* prioritarios para relanzar el crecimiento, las inversiones y la producción. En la fase de la reconstrucción se presagia, por tanto, un papel central del Estado y de la Administración, que dispondrán de mayor espacio de injerencia en la economía y en el mercado (84).

Para poder comenzar este proceso con credibilidad es necesario que la Administración resuelva su tradicional problema de ineficiencia; el riesgo es que los obstáculos de naturaleza burocrática (85), el barroquismo y la opacidad de los procesos discrecionales sean tan elevados que formen una barrera insuperable en el ejercicio y en el disfrute de los recursos.

será cercana al 10%; v. la comunicación de la COMISIÓN, “El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación”, COM (2020) 456 final, 27/05/2020; y también “Commission staff working document. Identifying Europe’s recovery needs”, SWD (2020) 98 final, 27/05/2020; comunicación de la COMISIÓN, “El presupuesto de la UE: motor del plan de recuperación para Europa”, COM (2020) 442 final, 27/05/2020; EUROPEAN COMMISSION’S DIRECTORATE-GENERAL FOR ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS, “European Economic Forecast, Spring 2020”, mayo/2020.

(82) El Green Deal o Pacto Verde es parte del programa de la Comisión Europea (2019-2024) presentado por la nueva presidenta Ursula von der Leyen y votado por la mayoría de los miembros del Parlamento Europeo el 27/11/2019; véase VON DER LEYEN, U., “Orientaciones políticas para la próxima Comisión (2019-2024). Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados: Mi agenda para Europa”. En el ámbito del Green Deal se desarrollan las iniciativas relativas al cambio climático, la producción de energía de fuentes renovables, la transición hacia una economía de cero emisiones; véase comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “El Pacto Verde Europeo”, COM (2019) 640 final, 11/12/2019.

(83) Véase comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “Nuevo plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva”, COM (2020) 98 final, 11/03/2020.

(84) Véase FRACCHIA, F., “Coronavirus, senso del limite...”, ob. cit., ps. 583 y 586.

(85) Véase RICOLFI, L., “La società signorile di massa”, Milano, 2019, ps. 208-211.

Por eso se advierte la necesidad de una “nueva normalidad”. Al respecto, existe una línea de pensamiento común en Italia y en España: “el objetivo no puede ser un liso y llano retorno a la normalidad, como antes de descubrir la epidemia. Aunque fuese un objetivo viable [...] no sería deseable para muchos ni para la sociedad en su conjunto” (86).

### III.2. Las directrices del cambio

El mercado de los contratos públicos es estratégico para la economía de un país: siempre, pero en particular en esta contingencia. Los datos relativos al primer cuatrimestre del 2020 evidencian una fortísima contracción respecto al 2019, tanto por el número de los procedimientos como por los importes, menos del 40% (87). El riesgo de una recesión que podría ser profunda, dañina y prolongada precisa medidas y recursos públicos extraordinarios.

Desde aquí se debería recomenzar.

Faltan, en efecto, orientaciones compartidas sobre la estrategia de la “reanudación”, y las divergencias a menudo resultan contaminadas por posiciones ideológicas.

Por ejemplo, se sostiene la necesidad de la derogación del Código de los Contratos Públicos, considerado el único verdadero responsable de la parálisis del país, porque resulta demasiado bizantino y complejo (88).

La consigna es la simplificación, a partir del sistema de prevención de la corrupción, repu-

(86) Véase SARACENO, C., “Uno stress test dai cui esiti ripartire”, en AA.VV., *Il mondo che verrà...*, ob. cit., p. 158; también GIMENO FELIU, J. M., “La ‘nueva’ normalidad”, ob. cit.

(87) Los datos relativos a los procesos de adjudicación superiores a 40 millones de euros (recogidos por la Banca de Datos Nacionales de los Contratos Públicos perteneciente a la ANAC), pero no consolidados a causa del limitado espacio temporal comprendido entre la adquisición del CIG y su perfeccionamiento (que tiene lugar al final de la licitación), pueden obtenerse de la “Relazione al Parlamento, 2019”, ob. cit., par. 3 del cap. COVID.

(88) Véanse las opiniones sostenidas por BALDUCCI, M., “L’ANAC tra Pubblica Amministrazione e semplificazione. I consigli del prof. Balducci”, *formiche.net*, 2020.

tado inútil, costoso, objeto de tantas y tantas reglas, a menudo descoordinadas entre sí.

Es cierto que los datos de las agencias de lucha contra el crimen presentan una fotografía diferente de la realidad del país. Ya sea a nivel internacional (89) o nacional (90), se destaca la exigencia de prevenir la entrada de la economía ilegal en la economía legal, tanto más —si cabe— en la actual fase de emergencia que, facilitando la permeabilidad del tejido económico ante la infiltración criminal, necesita respuestas de *policy* estrictas.

También la información de la Banca de Datos Nacionales de los Contratos Públicos ofrece una fotografía diferente respecto de aquella de un país bloqueado por la burocracia. El descenso del mercado (por volumen total y por número de procedimientos) solo se ha registrado en el último trimestre de 2020 (de abril a junio), y las causas se encuentran exclusivamente en la emergencia sanitaria.

En este confuso escenario, se avanza en la propuesta de introducir un régimen excepcional para cada Administración Pública, bautizado “Modelo Génova”, porque en esa ciudad se ha podido realizar en un tiempo rápido la construcción del puente que ha sustituido a aquel que se vino abajo el 14/08/2018. Según este modelo, cada entidad contratante podrá ser dirigida por un comisario extraordinario, que actuará, de forma excepcional, al margen del respeto de cualquier norma, salvo los principios europeos, la legislación penal y antimafia.

Una segunda propuesta consistiría en adoptar el “Modelo Génova” solamente para un número determinado de grandes obras, remitiendo al Código de los Contratos Públicos la restante realidad de las adjudicaciones: en suma, es un doble registro normativo, con una situación de

(89) FATF/GAFI, “COVID-19-related money laundering and terrorist financing. Risks and policy responses”, París, mayo/2020.

(90) UIF (Unidad de Información Financiera para Italia), “Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l'emergenza COVID-19”, comunicación de mayo/2020; PELOSI, G., “Coronavirus, Scazeri (anticorruzione): anche dopo l'emergenza rischio criminalità economica”, *Il Sole 24 Ore* del 29/04/2020, ps. 1-3.

privilegio para unos pocos, sin una auténtica intervención constructiva sobre los innegables defectos del sistema actual.

La ANAC está manteniendo un tercer enfoque, en el intento de hacer “cuadrar el círculo” entre las exigencias de simplificación, lucha contra la criminalidad mediante la prevención, buena administración y eficiencia de la contratación pública. Tomadas por buenas las reglas y las excepciones introducidas para afrontar la emergencia, la Autoridad se está moviendo con otra perspectiva jurídica, más orgánica, de sistema, a largo plazo.

Simplificar es necesario. Como afirman algunas instituciones internacionales autorizadas [en particular el Banco Mundial y la OCDE (91)], sacando sus propias valoraciones del análisis de datos, donde la actividad empresarial es mayormente accesible y simple, menor es la difusión (y la percepción) de la corrupción.

La lucha contra la infiltración ilegal en la economía “limpia” es un imperativo categórico, al menos para dar plena aplicación a los principios constitucionales. “Es tarea de la República eliminar los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” (art. 3.2) (92).

La buena administración de la cosa pública debe ser un objetivo prioritario: la Administración Pública es el esqueleto de un país y el “lugar” principal de la tutela de los derechos de las personas. Solo una buena Administración pue-

(91) WORLD BANK, “Doing business 2017: equal opportunity for all”, Washington; OECD, “Cutting red tape: national strategy for administrative simplification”, 2006.

(92) Sobre el hecho de que esta norma se deriva del principio de derecho internacional que contempla la libertad de los tráficos económicos y la correspondiente responsabilidad de los Estados para garantizarla en un régimen de competencia, en particular combatiendo la distribución patológica de la riqueza que resulta de las prácticas corruptas, v. PARISI, N., “Il ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la vulgata opinio”, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2020, nro. 2, en prensa.

de dar fuerza a la actividad empresarial, siendo un interlocutor creíble y competente.

La ANAC, en cumplimiento de la propia misión de autoridad administrativa independiente, ha propuesto una solución actualmente en estudio por el gobierno. Se trata de una estrategia que se articula principalmente sobre tres pilares.

El primero de ellos está representando por la digitalización integral de los procedimientos de contratación pública, en las cinco fases en las que se articulan, para así asegurar la transparencia integral y la celeridad de los procedimientos que el medio informático permite; se conseguiría también el objetivo de profesionalizar al comprador público a efectos de conseguir adjudicaciones más eficientes. Una única Banca de Datos Nacionales de los Contratos Públicos en la que cada Administración Pública vierte y encuentra la información, los datos y los documentos pertinentes, dando así concreción al principio *once only*, tan promovido por la Unión Europea (93).

El segundo pilar consiste en la propuesta de adoptar una norma que permita a las entidades contratantes recurrir (con la tranquilidad y seguridad de la que hoy carecen) a los procedimientos de urgencia y emergencia ya establecidos en el Código, en los arts. 63 y 163, arriba descritos, por un período limitado (¿31/12/2020?) y para los contratos vinculados a la pandemia.

El tercer pilar se refiere a un serio replanteamiento de la normativa sectorial, mediante su simplificación, sin recurrir a regímenes de excepción (94).

Todo esto requiere de “un golpe de ala”: a las situaciones excepcionales se debe responder con soluciones no convencionales, valientes, sin ceder a la tentación de considerar a esta pandemia solo como un paréntesis en el fluir de la normalidad. Ha sido sin embargo una interrupción violenta que ha puesto de manifiesto

(93) COMISIÓN EUROPEA, “EU-wide digital once-only principle for citizens and businesses. Final report”, 2017.

(94) La “Estrategia” ha sido adoptada por el Consejo de la ANAC con la decisión del 27/05/2020.

las grietas de nuestros sistemas democráticos, la resistencia de la economía y, con ella, de toda la sociedad. Esta crisis puede darnos grandes lecciones.

Entre otras se destaca la sugerencia de un nuevo “contrato social” entre el gobierno, empresas de la economía real y de las finanzas, instituciones y sociedad civil (95): mediante un diálogo constructivo, también con las instituciones europeas. Como después de otras tragedias, este trabajo refundacional podría ayudar al crecimiento del país, mediante la refundación de la confianza recíproca en un marco normativo duradero, reconstruyendo el sistema sobre la base de la eficiencia, la transparencia y la *accountability*.

Este razonamiento conduce a la necesidad de intervenir sobre el marco normativo: pero ello solo en la medida estrictamente indispensable para garantizar un cambio de paso de todo el sistema-país, sobre bases precisamente de confianza recíproca, en una perspectiva colaborativa, partiendo del mercado de los contratos públicos precisamente por su valor estratégico para el crecimiento del país.

La propuesta parte de no replantear todo el sistema normativo codificado (96), sino de intervenir quirúrgicamente sobre el Código vigente: “adelgazando” las normas que excedan

(95) VISCO, I., “Considerazioni finali del governatore della Banca d’Italia”, 29/05/2020.

(96) El continuo cambio del marco normativo no ayuda: como así lo expresa la ANAC en la propia última “Relazione al Parlamento, 2019”, ob. cit., p. 13: “La incertidumbre jurídica del marco normativo influye inevitablemente sobre el correcto desarrollo del mercado de la contratación pública ya que el dato normativo se presenta fragmentado y nada claro, se incurre en el riesgo de una aplicación errada o distorsionada de las disposiciones de referencia, de un alargamiento de los tiempos necesarios para el desarrollo de los procedimientos de adjudicación, además de la fase de ejecución de los respectivos contratos, y un consecuente aumento del contencioso. Desde otro punto de vista, un marco jurídico confuso no favorece la competencia, disuadiendo las inversiones incluso de empresas extranjeras y, lo que hay que poner de relieve, puede favorecer la comisión de acontecimientos corruptos”. Sobre el tema, véanse también las sugerencias de PATRONI GRIFFI, F., “¿La ripresa? Necessarie leggi più chiare. Ma attenti alla corruzione”, *Corriere della Sera* del 14/04/2020, p. 8.

del ámbito de aplicación de las directivas de la Unión Europea (97); permaneciendo firmemente anclados en este marco jurídico; reforzando las instituciones previstas en él pero aún no activadas (98); siguiendo líneas estratégicas de intervención que tengan por eje la digitalización como incentivo para la simplificación de los procedimientos.

Se necesita una fuerte inversión de recursos financieros, de personas, de profesionalización de las competencias en la Administración Pública, para poder aceptar el desafío e iniciar un nuevo curso.

### III.3. ¿Existe todavía espacio para la contratación pública sostenible?

Pensando en el futuro del sistema de los contratos públicos, resulta natural preguntarse qué permanecerá de las ideas, de las políticas, de las medidas que antes del nacimiento de la pandemia orientaban a los Estados y la economía mundial hacia modelos de desarrollo sostenible.

Por lo demás, al nuevo paradigma de la sostenibilidad se dirigen también las normas italianas y europeas de los contratos públicos.

A partir del 2000, primero el Tribunal de Justicia y después el legislador de la Unión introdujeron en los sistemas de contratación de todos los Estados la posibilidad para las Administraciones de fomentar elevadas protecciones medioambientales, sociales, de seguridad de los trabajadores (99) y otras soluciones para la pre-

(97) Un ejemplo transparente de esta exigencia está en lo dispuesto por el art. 63 del Código de los Contratos Públicos, que resulta mucho más complejo en la propia aplicación respecto al art. 32 de la Directiva 24/2014 en virtud de la adición de un párr. 8º de inspiración exclusivamente nacional y por tanto violando la prohibición de *gold plating*.

(98) Pensamos particularmente en la profesionalización de las entidades contratantes y de las centrales de compras (art. 38) y, consecuentemente, en su drástica reducción, en el *rating* de empresa (art. 83), pero también en un sistema más simple de cualificación de los operadores económicos (art. 84).

(99) Tal aspecto constituye, p. ej., uno de los rasgos característicos de la reforma europea del *public procurement* adoptada en el 2014 por las Directivas 2014/23/

vención y la lucha contra la corrupción (p. ej., códigos de conducta, actividades de formación, mecanismos de disciplina interna y pactos de integridad) (100).

De este modo, el legislador de la Unión ha incorporado, entre las razones de interés público que deben orientar la estipulación de los contratos públicos, también finalidades distintas de aquellas estrictamente económicas y de tutela de la competencia.

La intención es utilizar el incentivo económico de la contratación pública (“el uso estratégico de la contratación pública”) para la consecución de otros objetivos (inclusión social, innovación, responsabilidad social de las empresas) (101).

UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública, 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, publicadas en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 94, de 28/03/2014. Las reglas europeas orientan la actividad negocial al logro de objetivos relativos a la innovación, la inclusión social, el crecimiento económico, la tutela ambiental y la lucha contra la corrupción. Esta visión se encuentra explícita en los considerandos de la Directiva: “la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 [...] como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos [...] y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes” (consid. 2º, Directiva 2014/24/UE); véase también la comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”, COM (2017) 572, 03/10/2017, con observaciones de COZZIO, M., “La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, nro. 1, ps. 53-62.

(100) Véase BENACCHIO, G. A. — COZZIO, M. (a cargo de), “Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato”, Ed. Università degli Studi di Trento, 2019.

(101) Véase el estudio de KAHLENBORN, W. — FRIJDAL, J. — MOSER, C. — ESSIG, M., “Strategic use of public procurement in Europe. Final report to the European Commission”, Ed. Adelphi, Berlín, 2011; PRICE WATERHOUSE COOPERS, “Uso estratégico de la contratación pública en la promoción de políticas ecológicas, sociales y de innovación”, 2015. En la literatura, entre otros, MEDINA ARNAIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Eu-

En el sector de los contratos públicos, esta visión constituye el punto de llegada de una evolución que ha durado más de 20 años, en la que han participado todos los que formaban parte del derecho europeo (doctrinal, político, legislativo, jurisprudencial, económico y social). En el último quinquenio, además, la Unión se ha comprometido a desarrollar las finalidades de la “economía circular” (102) (también) en el mercado de los contratos públicos (103), de ahí la noción (que será cada vez más recurrente en los próximos años) de “contratación pública circular”.

También a nivel internacional se han puesto en marcha importantes iniciativas para lograr formas de coordinación e intercambio de objetivos y salvaguardias en el ámbito de la política económica y de la contratación pública.

Por ejemplo, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas es un instrumento de naturaleza pactada adoptado en el 1999 por la Organización de las Naciones Unidas, que compromete a los miembros (Estados y empresas) a declarar que apoyan y aplican en su ámbito de actividad diez principios fundamentales en materia de dere-

chos humanos, trabajo, medio ambiente y lucha contra la corrupción (104).

De igual importancia resulta la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, adoptada el 25 de septiembre por 193 Estados miembros de las Naciones Unidas, con ocasión de la 70ª Asamblea General (105). La Agenda comporta una visión sobre tres dimensiones del desarrollo sostenible (económica, social y ambiental), que se realiza a través de 17 objetivos (“Objetivos de Desarrollo Sostenible” —ODS—), a su vez repartidos en 169 metas. La realización de estos objetivos es objeto de un seguimiento sistemático realizado por la ONU, los Estados y las autoridades subestatales (en Italia, las regiones) (106).

En la Agenda 2030, el objetivo 12: “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles” prevé explícitamente la finalidad de “Promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales” (meta 12.7), cuyo seguimiento se supervisa, entre otras cosas, por el indicador “Grado de aplicación de políticas y planes de acción sostenibles en materia de adquisiciones públicas” (indicador 12.7.1) (107).

ropea”, en GIMENO FELIU, J. M. (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, ps. 43-105; GIMENO FELIU, J. M., “La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones”, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, ps. 97 y ss.; CARANTA, R. — TRYBUS, M. (eds.), “The Law of Green and Social Procurement in Europe”, Ed. Djøf, 2012; MULLER, É. (dir.), “La commande publique: un levier pour l’action publique?”, Ed. Dalloz, París, 2018.

(102) Véase la comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”, COM (2015) 614 final, 02/12/2015, en la que se explica que “la transición a una economía más circular, en la cual el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos, constituye una contribución esencial a los esfuerzos de la UE encaminados a lograr una economía sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva”; también la comunicación “Nuevo plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva”, ob. cit.

(103) Véase COMISIÓN EUROPEA, “Contratación pública para una economía circular. Orientación y buenas prácticas”, 2018.

(104) Son principios derivados de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”, de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; para una descripción de los principios y de su actuación en el mundo y en Italia se reenvía al sitio web de Global Compact Network Italia.

(105) Véase la res. A/70/1.

(106) Con referencia a la realización de los objetivos de la Agenda 2030 en Italia, véase el sitio de la Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASVIS), donde se envían también los resultados de las medidas a nivel regional (<https://asvis.it/il-monitoraggio-degli-sdgs-a-livello-regionale/>); véase también el dossier “L’Agenda Globale per lo Sviluppo Sostenibile”, publicado el 26/09/2019 por el Servicio de Estudios de la Cámara de Diputados.

(107) Para una visión completa de los indicadores, véase <https://unstats.unro.org/sdgs/indicators/indicators-list>. La comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “Hacia una Europa sostenible en 2030”, COM (2019) 22 final, 30/01/2019, señala cómo las líneas programáticas de la Agenda 2030 contribuyen a actualizar la programación y las políticas esbozadas en la comunicación “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente,



El objetivo 16 (“Paz, justicia e instituciones sólidas”) resulta igualmente pertinente, en la medida en que propone a los Estados la construcción de instituciones responsables, transparentes y eficaces, también funcionales para reducir la infiltración de la corrupción y el abuso de poder (metas 16.5-7).

Frente a este escenario, no se puede ignorar que las graves consecuencias que ha tenido la pandemia han eclipsado el debate sobre los objetivos de la Agenda 2030 y el desarrollo sostenible en sus dimensiones social, económica y medioambiental.

Por consiguiente, es natural preguntarse si en el futuro en el mercado de la contratación pública podremos continuar con los objetivos de la economía circular y sostenible.

No somos portadores, como he dicho, de la pretensión de saber lo que sucederá; sin embargo, muchas señales positivas sugieren que la economía circular y las medidas relacionadas con la contratación pública sostenible y circular seguirán siendo una prioridad de las políticas europeas y nacionales, desempeñando una función de impulso en la reconstrucción.

Una primera señal importante proviene de la Unión Europea. Las propuestas presentadas al final de mayo de 2020 por la Comisión Europea sobre el Plan Europeo de Recuperación (108) y el Marco Financiero Plurianual 2021-2027 (109) indican el objetivo de relanzar la economía a través de un enfoque verde, social y digital. En particular, la Comisión Europea ha propuesto

---

sostenible e integrador”, COM (2010) 2020, 03/03/2010; véase también el estudio “Europe’s approach to implementing the Sustainable Development Goals: good practices and the way forward”, 2019.

(108) Véase la comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación”, ob. cit., pto. 1, que establece el modo de relanzar la economía europea, al tiempo que impulsa las transiciones ecológica y digital, y para hacerla más justa, más resiliente y más sostenible para las generaciones futuras.

(109) Véase la comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “El presupuesto de la UE: motor del plan de recuperación para Europa”, ob. cit.

reservar el 25% del presupuesto de la Unión Europea para el período 2021-2027 para estos objetivos (110).

Otra señal (de tipo cultural) surge por la creciente y siempre más difusa atención reservada a los temas ambientales y sociales: varios países, regiones y ciudades han desarrollado sus propias estrategias y suelen destacar la contratación pública como un instrumento esencial para favorecer la transición hacia una economía circular.

En este sentido, también la pandemia ha mostrado un “lado positivo”: están a la vista de todos las imágenes de nuestros cielos y nuestros mares purificados mágicamente por unas semanas de bloqueo de los tráficos terrestres, navales, aéreos y de los desagües industriales. Por ello, “sería extraordinariamente importante no olvidar nunca esas imágenes, ciertamente no para detener el desarrollo de aquellas actividades, sino para retomarlas en una lógica de evolución compatible con el medio ambiente” (111).

Por último, siempre por efecto de la pandemia, hemos “tocado con la mano” los beneficios que pueden derivar del desarrollo y de la difusión de la tecnología. En el sector de los contratos públicos, el uso de la tecnología esboza probablemente una de las perspectivas de desarrollo más prometedoras (112), no solo por su capacidad para lograr una verdadera simplificación de los procedimientos y garantizar la plena aplicación de la transparencia, sino también por el apoyo que puede prestar a la transición hacia formas cada vez más generalizadas de contratación pública sostenible y circular.

---

(110) En la misma dirección se ha reorientado la programación de las actividades de la Comisión Europea para 2020; véase la comunicación de la COMISIÓN EUROPEA, “Adaptación del programa de trabajo de la Comisión para 2020”, COM (2020) 440 final, 27/05/2020.

(111) Véase SEVERINO, P., “Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale...”, ob. cit., ps. 173-174.

(112) En el mismo sentido, véase ANAC, “Strategie e azioni per l’effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell’autorità”, 27/05/2020.



# A importância da gestão de riscos nas compras públicas com regime de pagamento antecipado

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (\*)

Mirela Miró Ziliotto (\*\*)

**Sumário:** I. Introdução.— II. Gestão de riscos nas contratações públicas.— III. Gestão de riscos e o regime de pagamento antecipado.— IV. Conclusão.

## I. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a importância da realização de gestão de riscos nas compras públicas com regime de pagamento antecipado. Assim, pelo método hipotético-dedutivo, em um primeiro momento, realizou-se breve análise sobre o mecanismo de gestão de riscos, para, na sequência, descobrir sobre a importância da realização de gestão de riscos nas contratações públicas com regime de pagamento antecipado, sobretudo daquelas compras emergenciais relacionadas à COVID-19. Ao final, apresentaram-se as conclusões no sentido de que a chance de inadimplemento pode ser muito maior em contratos com pagamento antecipado, de modo que a análise reputacional dos interessados é de suma importância para assegurar o interesse público.

A humanidade enfrenta uma crise aguda não apenas em razão da pandemia ocasionada pelo coronavírus, mas também pela falta de confiança entre os seres humanos e destes nas instituições (1). Esse, é, sem dúvida, um enor-

me problema, já que ambientes sem confiança mútua e sem senso de obrigação tácito são propícios para a permanência de uma cultura cotidiana e endêmica da corrupção.

Em tempos de crise, portanto, seja de confiança, seja de saúde, imprescindível que a Administração Pública se preocupe em conhecer todas as variáveis endógenas e exógenas que possam impactar em suas contratações, sobretudo naquelas emergenciais de combate à COVID-19, já que os danos financeiros e reputacionais causados pela consumação de um evento de risco podem implicar consequências irreparáveis ao interesse público.

Daí, então, emerge a importância do estudo da gestão de riscos nas contratações públicas, quando a Administração Pública deve zelar pela análise periódica dos riscos de relacionamento com terceiros, notadamente de seus fornecedores, eis que os reflexos decorrentes de práticas de corrupção são incalculáveis.

Assim, considerando-se a atualidade tema, a partir do método hipotético-dedutivo, o presente estudo objetivou analisar a importância da realização de gestão de riscos nas compras

vimento Humano da PUC/PR. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR. Advogada.

(1) HARARI, Yuval Noah, “Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade”, trad. de Odorico Leal, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2020.

(\*) Pós-doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor e mestre em Direito Econômico pela PUC/PR. Professor de Direito Administrativo e Constitucional. Advogado e parecerista.

(\*\*) Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvol-

públicas com regime de pagamento antecipado. Assim, em um primeiro momento, realizou-se breve análise sobre o mecanismo de gestão de riscos, para, na sequência, discorrer sobre a importância da realização de gestão de riscos nas contratações públicas com regime de pagamento antecipado, sobretudo daquelas compras emergenciais relacionadas à COVID-19. Ao final, apresentaram-se as conclusões no sentido de que a chance de inadimplemento das contratadas pode ser muito maior em contratos com pagamento antecipado, de modo que a análise reputacional dos interessados é de suma importância para assegurar o interesse público.

## II. Gestão de riscos nas contratações públicas

Antes de adentrar ao tema da gestão de riscos nas contratações públicas propriamente dito, importante a análise de duas premissas: 1) o que é risco e 2) o que é gestão de riscos.

O risco pode ser considerado um evento que possui inúmeras dimensões, que se multiplica no mundo contemporâneo e que pode ser estimado e calculado com alguma orientação de certeza, por meio de técnicas de previsão e cálculo de probabilidades (2). Está presente em toda e qualquer atividade, pelo que todas as organizações sofrem influências desses eventos, sejam internos ou externos, que podem afetar os objetivos previamente estipulados (3).

Dessa forma, a gestão adequada de riscos é condição necessária ao sucesso de qualquer organização (4), devendo-se antecipar o maior número de eventos após a realização de uma dinâmica de identificação, priorização, trata-

mento e controle daqueles (5). É dizer, a quantificação e a qualificação desses riscos não envolve apenas a análise de “perdas”, mas também de “ganhos” em relação aos resultados do que foi planejado por um indivíduo ou organização (6).

A ISO 31000/18 (7) é a norma que disciplina as diretrizes básicas para a gestão de riscos no Brasil. Assim, conceitua a gestão de riscos como o conjunto de elementos que fornecem as bases e os arranjos organizacionais para direcionar e controlar uma organização no que se refere aos riscos.

Trazendo essa realidade para o âmbito das contratações públicas, a gestão de riscos deve se preocupar em exercer funções destinadas ao fortalecimento de mecanismos de controle interno da organização, para gestão de riscos e crises, com vistas a prevenir o cometimento de fraudes e ilegalidades praticados internamente ou por terceiros (8), avaliando-se as perdas e ganhos desses relacionamentos.

Nesse sentido, a instrução normativa 5/2017 traz importantes conceitos sobre gestão de riscos nas contratações públicas, de modo que o seu art. 25 disciplina que o gerenciamento de riscos é um processo que consiste na (i) identificação dos principais riscos que possam comprometer as três fases da licitação (planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão contratual) (9); (ii) avaliação dos riscos identificados mediante mensuração de probabilidade

(2) LAFER, Celso, “Incerteza jurídica. O Estado de S. Paulo”, disponível em <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,incerteza-juridica,70002231774>, acesso em: 06/11/2019.

(3) NEVES, Edmo Colnaghi — FIGUEIROA, Caio Cesar, “Gestão de riscos”, in CARVALHO, André Castro — ALVIM, Tiago Cripa — BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho — VENTURINI, Otávio (coord.), *Manual de compliance*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019, ps. 22-23.

(4) GIOVANINI, Wagner, “Programas de *compliance* e anticorrupção: importância e elementos essenciais”, in PAULA, Marco Aurélio Borges de — PIRONTI, Rodrigo (coord.), *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2018, p. 60.

(5) PIRONTI, Rodrigo — GONÇALVES, Francine Pacheco, “*Compliance* e gestão de riscos nas empresas estatais”, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2019, 2ª ed., p. 48.

(6) INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, “Guia de orientação para o gerenciamento de riscos corporativos”, Ed. IBGC, São Paulo, 2007, p. 10.

(7) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, “NBR ISO 31000. Gestão de riscos. Princípios e diretrizes”, Ed. NBR, Rio de Janeiro, 2018.

(8) MENEGAT, Fernando — MIRANDA, Gustavo, “Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada”, *Consultor Jurídico*, 03/06/2019, disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opinio-gestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada>, acesso em: 06/11/2019.

(9) Sobre a nomenclatura atual das fases interna e externa da licitação, cf. MENDES, Renato Geraldo, “O pro-

de e impacto; (iii) realização de tratamento dos riscos de modo a mitigá-los; (iv) definição de ações de contingência em caso de concretização dos riscos; (v) definição dos responsáveis pelo tratamento dos riscos e ações de contingência. Ainda, de acordo com o art. 26 da normativa em análise, referido processo deve ser atualizado e juntados ao processo de contratação, pelo menos: I. ao final da elaboração dos estudos preliminares; II. ao final da elaboração do termo de referência ou projeto básico; III. após a fase de seleção do fornecedor; e IV. após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

Veja-se, dessa forma, a importância da elaboração e revisão de gestão de riscos aderente, inclusive, em relação ao fornecedor, sobretudo no tocante à garantia de segurança jurídica à contratação e simetria de informação entre contratante e contratado, definindo de forma clara e objetiva as consequências contratuais decorrentes de eventos futuros (10).

Dessa forma, mecanismos de investigação utilizados para avaliar o grau de risco das contratações em razão do fornecedor selecionado devem existir; é o exemplo da *due diligence* (11), utilizada para averiguar o risco de contratar com determinado *stakeholder*, e que normalmente se dá a partir de informações relacionadas à localização geográfica da empresa e da execução dos negócios, ao histórico reputacional na em-

cesso de contratação pública: fases, etapas e atos”, Ed. Zênite, Curitiba, 2012, ps. 35-38.

(10) ALTOUNIAN, Cláudio Sarian — CAVALCANTE, Rafael Jardim — COELHO, Sylvio Kelsen, “Empresas estatais: governança, *compliance*, integridade e contratações”, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2019, 1ª reimp., p. 284.

(11) “A *due diligence* é um processo que visa buscar informações sobre determinadas empresas e pessoas com as quais a empresa tem intenção de se relacionar [...]. Durante esse processo, são analisadas informações fornecidas pela pessoa jurídica ou física interessada e informações coletadas por meio de base de dados pública. Estas informações são estruturadas de forma que apoiem os gestores de tomada de decisão acerca da contratação pretendida e na gestão dos contratos oriundos destas relações”. PIRONTI, Rodrigo — GONÇALVES, Francine Pacheco, “*Compliance* e gestão de riscos nas empresas estatais”, ob. cit., p. 139.

presa, à interação da empresa com agentes públicos, à efetividade do programa de integridade da empresa, à natureza do negócio pretendido, à reputação, à idoneidade e às práticas de combate à corrupção dos terceiros com que pretende se relacionar.

### III. Gestão de riscos e o regime de pagamento antecipado

Recentemente, a medida provisória 961 de 06/05/2020 autorizou pagamentos antecipados nos contratos firmados durante o estado de calamidade — em razão da pandemia ocasionada pela COVID-19— independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações, disciplinando orientações que garantem maior segurança jurídica à sua utilização.

Tal disciplina, ainda que se considere moderna e permita eficácia a alguns contratos administrativos, não se trata de uma inovação, eis que a legislação pátria — assim como a jurisprudência— já permite a adoção do regime de pagamento antecipado pela Administração Pública, ainda que de forma excepcionalíssima (12).

Sabe-se que, nos termos da lei 4320/1964, a regra a ser seguida é a do pagamento após a liquidação da despesa, nos termos dos arts. 61, 62 e 63 do referido diploma (13):

“Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado ‘nota de empenho’ que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria”.

“Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”.

(12) REIS, Luciano Elias — ALCANTARA, Marcus Vinícius Reis de, “Análise crítica e os efeitos da medida provisória 961: aumento do limite da dispensa em função do valor, pagamento antecipado e extensão do RDC”, disponível em <http://rcl.adv.br/site/wp-content/uploads/2020/05/Análise-cr%C3%ADtica-e-os-efeitos-da-Medida-Provisória-n-961-aumento-do-limite-da-dispensa-em-função-do-valor-pagamento-antecipado-e-extensão-do-RDC.pdf>, acesso em: 12/05/2020.

(13) BRASIL, lei 4320, de 17/03/1964, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm), acesso em: 12/05/2020.

“Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

“§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

“I. o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

“II. a nota de empenho;

“III. os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”.

Entretanto, o próprio art. 68 da lei 4320/1964 permite a utilização de regime de adiantamento como medida excepcional aos casos expressamente previstos em lei (14). Da mesma forma, em âmbito federal, o art. 38 do dec. 93.872/1982 estabelece que, como regra, não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, aplicando-se tal regime apenas para situações excepcionalíssimas:

“Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta”.

Veja-se, portanto, que, excepcionalmente, o pagamento antecipado é permitido, seja pelo regime legal próprio, seja em situações excepcionais devidamente justificadas e com as garantias indispensáveis à mitigação de riscos. Ocorre, como destacado em outra oportunidade, os riscos à realização de pagamentos ante-

(14) “Art. 68. O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação”. BRASIL, lei 4320, de 17/03/1964, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm), acesso em: 12/05/2020.

cipados são altíssimos, pelo simples fato de que o poder público pode pagar e não receber o objetivo, ou, ainda que o receba, recebe com inadequações que impossibilitem, no todo ou em parte, sua fruição. Assim, são muito frequentes os casos de responsabilização de agentes públicos por ausência de justificativa adequada à realização do pagamento antecipado ou não porque adotaram as cautelas devidas (15).

Nesse sentido, dado o novo permissivo disciplinado no art. 1º, inc. II, da MP 961/2020 ao pagamento antecipado, os gestores devem se atentar no sentido de que essa permissão é válida apenas se restar comprovada que se trata de uma condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou que propicie significativa economia de recursos. Assim, a motivação da antecipação do pagamento com fundamento em condição indispensável ou em significativa economia de recursos será ponto chave para assegurar a regularidade da decisão tomada pelo gestor responsável, devendo tais informações constarem no processo de contratação.

Como o pagamento antecipado permanece sendo medida excepcional, é importante que a decisão do gestor seja fundamentada e sejam exigidas garantias aptas a mitigar eventuais danos ao erário (16). É que, não há dúvidas de que, em um cenário de crise, com instabilidade econômica e preços cada vez mais voláteis, o pagamento antecipado pode se tornar um atrativo, trazendo, inclusive, eficácia às contratações. Entretanto, dados os riscos que esse regime de pagamento antecipado pode implicar à Administração Pública, a própria medida provisória 961/2020 determina algumas medidas para reforçar a segurança jurídica para a sua realização. Isto é, deve a Administração Pública dis-

(15) PIRONTI, Rodrigo — NIEBUHR, Joel, “Gestão de riscos nos pagamentos antecipados. Estadão”, disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/gestao-de-riscos-de-pagamentos-antecipados/>, acesso em: 17/06/2020.

(16) ZILLOTTO, Mirela Miró, “Segurança jurídica no pagamento antecipado: orientações”, disponível em [https://sollicita.com.br/Noticia/?p\\_idNoticia=16224&n=seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica-no-pagamento-antecipado:-orienta%C3%A7%C3%B5es](https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16224&n=seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica-no-pagamento-antecipado:-orienta%C3%A7%C3%B5es), acesso em: 12/05/2020.

cipliná-la em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta, bem como exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto. Aqui, portanto, cria-se uma espécie de garantia à Administração Pública que não poderá ser lesada ao proporcionar o pagamento antecipado.

Para além disso, de extrema importância a realização de uma gestão de riscos aderente ao cenário de crise proposto pela pandemia COVID-19, especialmente a partir de medidas que podem ser tomadas a fim de mitigar os riscos de eventual inexecução contratual, dentre elas:

“I. a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;

“II. a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da lei 8666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto;

“III. a emissão de título de crédito pelo contratado;

“IV. o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e

“V. a exigência de certificação do produto ou do fornecedor”.

Veja-se que todas essas medidas buscam garantir à Administração maior segurança à utilização do regime de pagamento antecipado, sem que venha a suportar grandes prejuízos financeiros. Isto é, a exigência de condicionantes e oferta de garantias por parte do contratado nas hipóteses do regime de pagamento antecipado tem como intuito evitar eventual inadimplemento contratual que resulte prejuízos demasiados aos cofres públicos, eis que se trata de medida excepcional. Sobre a exigência de garantias e a permanência da utilização excepcional do regime de pagamento antecipado pela Administração Pública, já se manifestou inúmeras vezes o Tribunal de Contas da União:

“Verifica-se que foi afrontada diretamente a legislação e a remansosa jurisprudência deste Tribunal, as quais exigem a oferta de garantias por parte do contratado nas hipóteses da ocorrência de pagamentos antecipados, com o in-

tuito de evitar que eventual inadimplemento contratual resulte em prejuízos aos cofres públicos, como ocorrido no presente caso (Ac. 185/2019 - plenário).

*“O pagamento antecipado em contrato administrativo é procedimento excepcional que somente deve ser admitido quando presentes as devidas justificativas e observadas certas condições, como a prestação de garantia e a concessão de desconto pelo contratado (Ac. 817/2018 - plenário).*

*“A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais em que ficar devidamente demonstrado o interesse público e houver previsão editalícia, sendo necessário exigir do contratado as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto, a fim de evitar expor a Administração a riscos decorrentes de eventual inexecução contratual (Ac. 554/2017 - plenário).*

*“São requisitos para a realização de pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação (Ac. 4143/2016 - 1ª Câmara).*

*“É vedado o pagamento sem a prévia liquidação da despesa, salvo para situações excepcionais devidamente justificadas e com as garantias indispensáveis (arts. 62 e 63, § 2º, inc. III, da lei 4320/1964; arts. 38 e 43 do dec. 93.872/1986) (Ac. 158/2015 - plenário)”.*

Para além das medidas mitigadoras previstas na MP 961/2020, de suma importância que cada órgão e entidade avalie internamente os seus processos de gestão de riscos nas contratações públicas, de modo a evitar a sua exposição a riscos desnecessários ou a impor medidas imprescindíveis para mitigá-los, sempre justificando as suas decisões de forma fundamentada e de acordo com a realidade de crise vivenciada. Assim, de extrema importância a adoção de cautelas para a proteção do interesse público, que podem ser determinadas a partir da realização de simples questionamentos pelos gestores responsáveis:



“a) A Administração já contratou este objeto no passado? Quais foram as condições?

”b) Este objeto foi contratado recentemente por outro órgão da Administração Pública? Quais foram as condições?

”c) O proponente já contratou nestes moldes? Com quem?

”d) O proponente tem estrutura compatível com a demanda?

”e) O proponente milita neste segmento de mercado?

”f) Onde fica a sede da empresa?

”g) É possível exigir garantia?” (17).

Somada a esses questionamentos, deve ser considerada a reputação dos contratantes no mercado. É dizer, a análise reputacional das contratadas, especialmente em relação ao seu índice de adimplemento contratual, poderá ser um fator essencial para determinar as garantias a serem exigidas da mesma e até mesmo a permissão do pagamento antecipado. A reputação das contratadas é, portanto, ponto chave para avaliação dos riscos da contratação, inclusive para que se tenha uma fiscalização mais aderente à realidade de cada contratada e mitigação efetiva dos riscos que poderão acometer a contratação (18).

Em um cenário de crise, portanto, é desejável que nos casos de pagamento antecipado a *due diligence* anteriormente citada seja realizada. Ocorre, como destacado em outra oportunidade (19), sabe-se que emergências e calamidades muitas vezes impõem à Administração Pública decisões imediatas, que não podem aguardar a investigação ideal. Por isso, referidos autores orientam que medidas mitigadoras devam ser antecipadas, como, por exemplo:

---

(17) REIS, Luciano Elias — ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de, “Análise crítica e os efeitos da medida provisória 961...”, ob. cit.

(18) ZILLOTTO, Mirela Miró, “Segurança jurídica no pagamento antecipado: orientações”, ob. cit.

(19) PIRONTI, Rodrigo — NIEBUHR, Joel, “Gestão de riscos nos pagamentos antecipados. Estádio”, ob. cit.

“a) Formação de cadastro de possíveis fornecedores para os objetos de maior risco e a realização de *due diligence* para todos os fornecedores como condição para o cadastro;

”b) Definição de modelo para *due diligence* simplificada, que possa ser levado a efeito diante de situação de urgência qualificada —melhor *due diligence* abreviada do que nenhuma *due diligence*—; e

”c) Contratação de terceiros para apoiar ou realizar o processo de *due diligence*, sobretudo se o órgão ou entidade não dispuser de quadros com a devida qualificação e em quantidade suficiente”.

Assim, se o pagamento antecipado é um “mal necessário” diante do cenário de crise enfrentado pela COVID-19, permitindo contratações de difícil ou impossível operacionalização, também é fato que amplia os riscos de prejuízos e fraudes contra a Administração (20). Dessa forma, a partir da identificação dos riscos, das suas probabilidades e possíveis impactos à contratação, níveis de risco da contratação poderão ser adotados, de modo a embasar o apetite de risco para permissão ou não do pagamento antecipado, tentando-se evitar contratações fraudulentas, o que, certamente, agrava-se em um cenário de pagamento antecipado.

#### IV. Conclusão

Sem confiança e integridade não seremos capazes de interromper a pandemia ocasionada pelo coronavírus, tampouco de alterar a cultura da corrupção endêmica e cotidiana das contratações públicas. Mas toda crise traz uma oportunidade, e, com sorte, a pandemia de COVID-19 abrirá nossos olhos e mostrará o grande risco da falta de confiança entre os seres humanos e destes nas instituições, seja no combate à patologias, seja no combate à corrupção.

A gestão de riscos nas contratações públicas, dessa forma, sobretudo em momentos de crises, vem ganhando cada vez mais espaço e sendo necessária para o aumento da confiança entre contratante e contratados, especialmente em relação

---

(20) PIRONTI, Rodrigo — NIEBUHR, Joel, “Gestão de riscos nos pagamentos antecipados. Estádio”, ob. cit.



à prevenção de atos lesivos e preservação do interesse público. Assim, entidades que realizam a avaliação de seus fornecedores mediante mecanismos de gestão de riscos da contratação auxiliam esse esforço de conferir prioridade à regras de comportamento honesto, correto, íntegro, tornando-se um baluarte contra a corrupção (21).

Conforme destacado em outra oportunidade, Alex Rovira Celma e Fernando Trias de Bes

---

(21) *"Giving priority to rules of honest and upright behavior can certainly be among the values that a person respects. And there are many societies in which respect for such rules provides a bulwark against corruption"*. SEN, Amartya Kumar, "Development as freedom", 2000, 4ª reimp., p. 277.

lembram que "a boa sorte" pode ser criada, dependendo das ações, de como os problemas são enfrentados e não meramente do acaso. Por isso, que não se relegue o pagamento antecipado à aleatoriedade da má sorte, como que num jogo de dados. Que a boa sorte do poder público no tocante ao pagamento antecipado seja construída com base em conhecimento técnico, em processos estruturados e organizados de gerenciamento das incertezas, com reforço ao comitê de gestão de riscos e aos procedimentos de *due diligence* (22).

---

(22) PIRONTI, Rodrigo — NIEBUHR, Joel, "Gestão de riscos nos pagamentos antecipados. Estadão", ob. cit.

# Contratación pública de emergencia en Brasil durante el COVID-19

Guilherme Saideles Genro (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Normativa brasileña en la pandemia de COVID-19.— III. La contratación de emergencia durante la pandemia.— IV. Métodos de control y transparencia.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

La pandemia de COVID-19 tomó al mundo por sorpresa, y estamos efectivamente en una nueva realidad, con temores y preocupaciones que parecen haber salido de una película de Hollywood. La tragedia de cientos de miles de muertes no solo nos recordó nuestra fragilidad como seres humanos, sino que también planteó dudas sobre nuestra propia sociedad y su estructura normativa. El Estado, y el derecho en consecuencia, se encontraron, de un momento a otro, confrontados por un enemigo invisible, que se niega a someterse a la previsibilidad de la vida a la que estábamos acostumbrados.

Todos los sistemas legales generalmente prevén situaciones excepcionales con reglas especiales para circunstancias de emergencia. Sin embargo, en un mundo donde las guerras (1) y los conflictos armados son (afortunadamente) cada vez más raros, dichos mecanismos tienen su uso práctico normalmente restringido a desastres naturales, con una cobertura territorial, por lo tanto, bastante limitada, que también facilita la implementación de las medidas a tomar.

---

(\*) Funcionario del Banco Central de Brasil. Abogado y profesor universitario. Licenciado en Derecho y magister en Filosofía en la Universidad Federal de Santa María. Doctorando en Derecho en la Universidad de Zaragoza.

(1) El Prof. Fabrizio Fracchia utiliza efectivamente esta analogía entre la pandemia y las guerras en “Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?”, *Il Diritto dell’Economia*, nro. 100, 2019, ps. 575-588.

Incluso también suele haber una intensa ayuda de otros países en las situaciones más graves.

Pero, este no fue el contexto en el caso del COVID-19: una pandemia a escala mundial, que ha afectado a países ricos y pobres por igual, superando todas las perspectivas esperadas para el uso de herramientas normativas de urgencia. El campo de batalla de COVID-19 no se limita a partes de un territorio nacional, sino a todos los continentes. Esto no solo cuestionó los mecanismos habituales para circunstancias de emergencia, sino que también provocó un choque completamente salvaje entre países: equipo hospitalario y suministros médicos fueron desviados durante su transporte, al hacer paradas para repostar, sin mencionar los innumerables fraudes que proliferan en este período (2). Así, la mayoría de las leyes “normales” para situaciones de urgencia se encontraron completamente impotentes ante esta nueva e impactante realidad.

Dentro de este terrible escenario, también se destacó enormemente el papel fundamental de la contratación pública como una herramienta indispensable para enfrentar la pandemia, como una forma de resolver la perentoria necesidad de suministros médicos y otros productos y servicios esenciales. El proceso, a menudo lar-

---

(2) Cfr. MIRANZO DÍAZ, Javier, “Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el COVID-19”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2020, disponible en <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>.

go y burocrático, de hacer una compra pública fue cuestionado por la realidad: los hospitales y los equipos médicos necesitan con apremio material para tratar a las personas enfermas y también para prevenir la propagación de la pandemia; no hay espacio para esperas superfluas.

Pero, ¿cómo se puede conciliar esta realidad distópica del COVID-19 con las normas tradicionales de contratación pública? La mayoría de los países han optado por promulgar textos legales específicos para combatir la pandemia, precisamente para adaptarse a las características dramáticas de este “nuevo mundo”. Donde ya existían medidas especiales para situaciones urgentes, se crearon otras medidas aún más excepcionales, como último intento de adecuarse a los cambios abrumadores que estaban teniendo lugar, buscando resolver el problema esencial del suministro de material sanitario, principalmente.

Brasil también ha tratado de ajustarse a esta situación, haciendo uso de numerosas regulaciones legales nuevas, con validez específica para tiempos de pandemia. En el presente trabajo, se expondrá una descripción general de esta regulación, con especial relevancia para las reglas de contratación pública de emergencia vinculadas al COVID-19. Se han editado una serie de normas, algunas con contenido similar al de otros países, mientras que otras con características únicas, vinculadas a la realidad brasileña. Además, también se analizarán algunas medidas para garantizar el control de la legalidad e integridad de estos contratos, así como los mecanismos de transparencia disponibles. Finalmente, se expondrán algunas conclusiones breves sobre las cuestiones y los problemas enfrentados.

## II. Normativa brasileña en la pandemia de COVID-19

Desde principios de 2020, cuando surgieron las primeras informaciones sobre los contagios causados por un nuevo virus en China, específicamente en la ciudad de Wuhan, hubo preocupación por una posible propagación a otros países. Desafortunadamente, como es bien sabido, esto terminó sucediendo y afectando, en diversos grados, a prácticamente todos los paí-

ses del mundo. Así, después de un cierto retraso, que fue criticado, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 30 de enero que el COVID-19 era una emergencia internacional de salud pública (3).

Con la expansión de casos y, consecuentemente, también de muertes, en varias naciones, los gobiernos comenzaron a tomar medidas sanitarias para frenar el contagio, principalmente restringiendo la llegada de viajeros de lugares afectados por la pandemia, pero también ya preparándose para posibles actitudes más drásticas.

En Brasil no fue diferente: el 03 de febrero se publicó la *portaria* 188 (4) del Ministerio de la Salud, en que se declara la emergencia de salud pública de importancia nacional debido al COVID-19. Además de establecer el Centro de Operaciones de Emergencia de Salud Pública para la gestión de la lucha contra la pandemia, dicha *portaria* también sirvió de base para otras normas posteriores.

El 06 de febrero, en un proceso muy rápido en el Congreso, se promulgó la ley 13.979 (5), también conocida como “Ley del Coronavirus”. Es una serie de medidas vinculadas a la lucha contra la pandemia, basadas en la declaración de emergencia internacional de salud pública de la OMS, que, incluso, es el límite de vigencia de la ley (art. 8º). Entre otros temas, se prevén disposiciones para el aislamiento social y la cuarentena, la realización obligatoria de exámenes y tratamientos médicos, la posibilidad de restricciones para entrar y salir del país, así como en la locomoción interna (6).

(3) Una extensa cronología, constantemente actualizada, se puede encontrar en el sitio web de la OMS: <https://www.who.int/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

(4) Véase en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Portaria/prt188-20-ms.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/prt188-20-ms.htm).

(5) Véase en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm).

(6) Dichas medidas no han dejado de provocar debates jurídicos sobre los conflictos entre los derechos colectivos y las libertades individuales. Cfr. ALMEIDA, Daniel — ALVES, Paulo J., “A aplicação da lei 13.979/2020 e o conflito de direitos fundamentais”, *Solução em Direito Administrativo e Municipal*, nro. 12, 2020, ps. 39-46.

La redacción original de la ley 13.979 fue ya alterada en una serie de ocasiones debido a la evolución de la pandemia, como por la ley 14.006 (importación y distribución de cualquier material sanitario, medicamentos, equipos y suministros registrados por una autoridad de salud extranjera), por ejemplo. Sin embargo, fue a través de las medidas provisionales (7) emitidas por el presidente de la República que la referida ley ha experimentado sus mayores y más relevantes transformaciones.

Con respecto específicamente a la contratación pública de emergencia, las medidas provisionales 926 y 951, alterando la citada ley 13.979, han creado todo un conjunto especial de reglas para su realización, como se verá más adelante en la próxima sección. Asimismo, son de gran interés las modificaciones introducidas por la medida provisional 928, que también será analizada con más atención al final del trabajo, que estableció algunas reglas de transparencia y la suspensión de la prescripción para la aplicación de sanciones relativas a la contratación pública.

Además, es importante resaltar que Brasil tiene una Ley de Responsabilidad Fiscal (ley complementaria 101), que establece reglas estrictas para el cumplimiento de las normas presupuestarias, así como limita la realización de ciertas operaciones bajo pena de sanción a las autoridades responsables. Como una forma de autorizar previamente al presidente para que no observase estas reglas, el Congreso promulgó el dec. leg. 6/2020 (8), que reconoce la ocurrencia del estado de calamidad pública, con efecto hasta el 31/12/2020. Por lo tanto, al gobierno federal se le permitió gastar más de su presupuesto aprobado para el año de 2020 para financiar la lucha contra el COVID-19.

(7) La medida provisional es un acto normativo privativo del presidente de la República previsto en el art. 62 de la Constitución brasileña para situaciones de urgencia o emergencia. Tiene fuerza y rango de ley ordinaria, con vigencia inmediata, pero debe ser enviada al Congreso para su análisis, que puede aprobarla, modificarla o rechazarla.

(8) Véase en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm).

En el mismo sentido, se aprobó la enmienda constitucional 106 (9), que creó un régimen extraordinario fiscal, financiero y contractual (de personal y de compras públicas) para combatir el coronavirus. Esta es una enmienda constitucional de vigencia temporaria, que no modifica el texto constitucional, pero que crea una serie de excepciones hasta el fin del estado de calamidad pública reconocido por el Congreso (31/12/2020).

En el caso de la contratación pública, la Constitución brasileña exige, como regla general, llevar a cabo un proceso de licitación con igualdad de condiciones para la adjudicación de contratos, con la excepción de los casos previstos por la ley (10). Así, para evitar cualquier posible objeción judicial, la enmienda constitucional 106, en su art. 2º, declara que, para enfrentar el coronavirus y sus efectos sociales y económicos, el Poder Ejecutivo Federal podrá adoptar procesos simplificados para la contratación de obras, servicios y compras que garanticen, cuando sea posible, la competencia y la igualdad de condiciones para todos los competidores (11).

También, en cuanto a reglas, existe la medida provisional 961 (12), con la particularidad de que no es específicamente sobre los contratos firmados para combatir la pandemia, pero sí tiene un ámbito de aplicación para todos aquellos contratos firmados durante el estado de calamidad pública reconocido por el dec. leg. 6/2020, sin la necesidad de que mantengan un vínculo con el combate al COVID-19 o sus efectos, es decir, vale para todas las contrataciones perpetradas, independientemente del objeto contractual. Sus disposiciones son bastante relevantes y serán analizadas a continuación.

(9) Véase [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc.emc106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc.emc106.htm).

(10) "Art. 37, XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*".

(11) Cfr. LIMA, Jonas, "Como aplicar a EC 106 (orçamento de guerra): cautelas sobre competitividade e igualdade nas licitações", *Sollicita*, 2020, disponible en [https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p\\_idNoticia=16214&n=como-aplicar-a-ec-106-\(orçamento-de-guerra\)](https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16214&n=como-aplicar-a-ec-106-(orçamento-de-guerra)).

(12) Véase [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm).

Otra norma de profundo interés es la medida provisional 966 (13), que establece los límites de la responsabilidad de los agentes públicos por acciones y omisiones en actos relacionados con la pandemia. Su contenido fue objeto de un intenso debate, debido a la posible exención de sanciones que podía proporcionar, y fue necesario que la Corte Suprema se pronunciase para definir el alcance de sus disposiciones.

Finalmente, es sugestivo mencionar también, más por curiosidad que por los objetivos de este trabajo, las siguientes normas relacionadas con el intento de mantener empleos y ayudar a las personas necesitadas debido a la pandemia: medida provisional 936 (Programa de Emergencia para Mantenimiento de Empleo y de Renta); ley 13.982 (parámetros para el recibimiento del beneficio de provisión continua y medidas excepcionales de protección social); y medida provisional 944 (Programa de Emergencia de Apoyo a Empleos). Aunque no se analizan aquí, es importante destacar estas medidas como parte fundamental de la legislación para combatir el COVID-19, para ayudar a los más afectados económicamente por la pandemia.

### III. La contratación de emergencia durante la pandemia

De todas las normas citadas en la sección anterior, las dos que merecen nuestra mayor atención para el análisis de la contratación de emergencia en Brasil durante el COVID-19 son la ley 13.979, con sus cambios ya mencionados, y la medida provisional 961. Así, estudiaremos sus principales disposiciones con más detalle.

#### III.1. Ley 13.979

La llamada “Ley del Coronavirus”, como se mencionó, nació esencialmente con preocupaciones sanitarias, con solo tres disposiciones sobre contratación pública. Sin embargo, después de varias modificaciones, ya hay, hasta ahora, 24 disposiciones sobre el tema. La ley es aplicable a todas las entidades federales (Unión, provincias y municipios), además de las empresas estatales. A continuación, se analizarán las principa-

les definiciones y medidas implementadas por esta ley.

#### III.1.a. Dispensa de licitación

La dispensa de licitación es una excepción en las normas de contratación pública en Brasil, pero encuentra previsión en el texto de la ley 8666 (Ley General de Licitación), además de otras leyes dispersas. La regla es que la Administración Pública siempre debe licitar, siendo posible la contratación directa solo en los casos expresamente previstos. El valor bajo es un ejemplo clásico de este caso. Otra de estas posibilidades prevista por la Ley General de Licitación es, precisamente, la ocurrencia de una situación de emergencia o estado de calamidad (14). Pero, en lugar de usar la norma existente, el legislador brasileño optó por crear una nueva en el art. 4º de la ley 13.979, dispensando de la licitación para la adquisición de bienes, servicios, incluso de ingeniería, e insumos para hacer frente a la emergencia de salud pública del coronavirus. Es una regla temporal, vinculada a una política pública específica, cuya aplicación solo ocurrirá mientras dure la pandemia (15).

Una justificación para la creación de una nueva norma es que, en la dispensa por emergencia de la Ley General de Licitaciones, el gestor público debe, obligatoriamente, comprobar en el proceso que se encuentra ante un caso urgente que solo puede ser mitigado con la realización de la contratación directa. En la ley 13.979, por otro lado, la conducta del gestor es facilitada, pues ya existe, en el art. 4º.B, la presunción legal del atendimiento de las condiciones exigidas: 1) ocurrencia de una situación de emergencia; 2) necesidad de asistencia inmediata en esa situación de emergencia; 3) existencia de un riesgo para la seguridad de las personas, obras,

(14) “Art. 24. *É dispensável a licitação: IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares...*”

(15) Cfr. PÉRCIO, Gabriela — OLIVEIRA, Rafael — CHARLES, Ronny, “A dispensa de licitação para contratações no enfrentamento ao coronavírus”, *Portal L&C*, 2020, disponible en <http://licitacaocontrato.com.br/coronavirus/#>.

(13) Véase [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm).

prestación de servicios, equipos y otros bienes, públicos o privados; y 4) limitación de la contratación a la parte necesaria para enfrentar la situación de emergencia.

Así, lo que hizo la norma de la ley 13.979 fue simplemente aportar esta justificación previa a todos los contratos relacionados con la lucha contra el COVID-19. Cabe señalar, sin embargo, que esta presunción es relativa (*iuris tantum*), puede estar sujeta a análisis e impugnación de los organismos responsables en un eventual control *a posteriori* de esas contrataciones.

### III.1.b. Contratación de empresas suspendidas o inhabilitadas

En el párr. 3º de su art. 4º, la ley 13.979 hace una concesión a la prohibición prevista en la Ley General de Licitaciones, al permitir que una empresa que fue sancionada con suspensión o inhabilitación para licitar o contratar con la Administración Pública pueda ser contratada, siempre que sea el único proveedor del bien o servicio.

Esta es una medida pragmática: se ignora la sanción aplicada anteriormente y se contrata a la empresa por el hecho de que obtener el bien o servicio para combatir la pandemia tiene un valor jurídico más alto (la salud de los ciudadanos) que la efectividad de dicha sanción. Sin embargo, la ley exige que haya prueba en el proceso de contratación de que la compañía es realmente el único proveedor disponible, y su adjudicación no es aceptable solo porque ofrece el precio más bajo o es más conveniente, por ejemplo. Como expone Levin (16), si hay alguna otra opción en el mercado que puede producir los mismos efectos, se le debe dar preferencia a esta, para evitar, en la medida de lo posible, la contratación de empresas suspendidas o inhabilitadas.

### III.1.c. Permiso expreso para que la Administración Pública compre equipo usado

De hecho, no hay ninguna prohibición en el ordenamiento jurídico brasileño para que la Ad-

ministración Pública adquiera bienes usados. Sin embargo, esta práctica nunca fue alentada; por el contrario, siempre se consideró arriesgada y una posible fuente de actos ilícitos. De esa forma, se entiende que la ley 13.979, en su art. 4º.A, permita expresamente compras de tal naturaleza. La exigencia impuesta es únicamente que el proveedor sea responsable de todas las condiciones de uso y operación del equipo.

El propósito de este dispositivo legal es principalmente tratar de eludir la intensa demanda de equipos relacionados con el tratamiento del COVID-19 (17), como, por ejemplo, ventiladores mecánicos, que ayudan a las personas con dificultades respiratorias y que se han convertido en un producto muy escaso en el mercado internacional. En vista de la imposibilidad de adquirir equipos nuevos, no hay otra alternativa que tratar de comprar los ya usados, pero que aún mantienen las condiciones de uso.

### III.1.d. Simplificación de la fase de planificación de la contratación

Ley 13.979 también trae una serie de disposiciones que buscan dar más agilidad a los procedimientos de contratación, principalmente en su fase de planificación. En la legislación brasileña, por existir actualmente una preferencia por la utilización de las subastas inversas electrónicas, lo que dificulta evaluar la calidad de los productos y servicios, la fase de planificación de la contratación está sujeta a amplios requisitos, para evitar futuros problemas en la ejecución de los contratos.

En vista de la situación de emergencia, que exige una respuesta rápida de la Administración Pública, muchos de los requisitos de esta fase de planificación se han simplificado, buscando acelerar el procedimiento de contratación. Son ejemplos las siguientes medidas: exención de estudios técnicos preliminares para bienes y servicios comunes; especificaciones técnicas o proyectos simplificados; gestión de riesgos solo durante la ejecución de los contratos; posibili-

---

(16) LEVIN, Alexandre. "Contratação emergencial para adquirir bens e serviços necessários ao enfrentamento da COVID-19. Considerações sobre o art. 4º da lei federal 13.979/2020", *Solução em Licitações e Contratos*, nro. 27, 2020, ps. 27-42.

---

(17) MARTINS, André — ALMEIDA, Laryssa — MACIEL, Priscilla, "COVID-19 e as compras públicas: Aquisições e contratações públicas durante a vigência do estado e emergência de saúde internacional", Ed. AREPB, 2020, p. 23.



dad excepcional de no hacer una estimación de precio; posibilidad de contratar por un valor superior a la estimación debido a la variación de precios.

De todas esas disposiciones, las más polémicas son, sin duda, las relacionadas con el monto estimado. Esto se debe a que es prácticamente una regla de oro, en cualquier licitación, hacer una estimación del monto máximo que se pagará por el bien o servicio, y no adjudicar el contrato por un precio superior a esa estimación. Por lo general, en Brasil, cuando no hay una oferta igual o inferior al monto estimado de la licitación, la adjudicación no se realiza y el procedimiento se repite. Lo que hace la ley 13.979 es permitir que la adjudicación se realice por un monto mayor al estimado, y en algunos casos ni siquiera requiere la realización de una estimación previa.

Obviamente, hay una justificación para esta flexibilidad. No hacer una estimación del precio es una medida excepcional, que requiere una explicación de la autoridad competente en el proceso. Así, por ejemplo, se entiende que, al contratar productos innovadores para combatir el COVID-19, como recién entran al mercado, no se encuentran parámetros para la realización de esa estimación. Por otro lado, la adjudicación por un monto superior al estimado también se justifica por la gran fluctuación en los precios de los bienes y productos relacionados con la lucha contra la pandemia.

### III.1.e. Contratos de la ley 13.979

Hay dos novedades principales presentadas por la ley 13.979 en relación con los contratos firmados para el suministro de bienes y servicios relacionados con la lucha contra el COVID-19. La primera es sobre el plazo de estos contratos. En Brasil, como regla general, en la Administración, los contratos públicos de servicios continuos tienen un plazo de duración de hasta doce meses, prorrogables por períodos iguales hasta un total de sesenta meses. En el art. 4º.H de la ley 13.979, a su turno, existe la previsión de que los contratos vinculados a la pandemia tendrán un plazo de hasta seis meses y pueden extenderse por períodos sucesivos, siempre que continúe la emergencia de salud pública. La idea es, por un lado, limitar las obligaciones de la Ad-

ministración Pública por un período más corto, de hasta seis meses, dada la posibilidad de que ocurra el fin de la pandemia (descubrimiento de una vacuna, de una medicación, etc.). Por otro lado, no hay un período máximo para las extensiones contractuales, pero el término final es el cese de la emergencia de salud pública.

La otra novedad relevante es sobre las posibles modificaciones respecto del aumento o la disminución del objeto del contrato. La previsión de la Ley General de Licitaciones es que, para situaciones normales, el contratista está obligado a aceptar cualquier aumento o disminución hasta el 25% del valor del contrato. Para los contratos relacionados con la lucha contra el COVID-19, el legislador decidió aumentar estos límites hasta un 50%, en vista de la imprevisibilidad de la situación de emergencia. Pero, si bien por un lado hay más seguridad para la Administración, también hay un mayor riesgo para el contratista, que puede ver su contrato reducido a la mitad, sin poder de negociación **(18)**.

### III.1.f. Suspensión de los plazos para la aplicación de sanciones

Una disposición importante presentada por la ley 13.979 es suspender todos los plazos para la aplicación de sanciones administrativas relacionadas con la contratación pública en general. Independientemente de si el contrato está relacionado o no con la lucha contra la pandemia, la prescripción para la aplicación de eventuales sanciones por fallas contractuales de los contratistas tendrá su curso suspendido.

Esta es una medida importante desde el punto de vista organizacional de los equipos de contratación pública de la Administración, porque, en este grave momento de urgencia, todos los esfuerzos deben concentrarse en resolver las necesidades más apremiantes. No es apropiado que un empleado utilice su precioso tiempo en un proceso burocrático, en lugar de estar llevando a cabo contrataciones de emergencia. Además, la suspensión de los plazos también

(18) Véase PÉRCIO, Gabriela, "Alterações contratuais durante a pandemia COVID-19: aspectos da aplicação do art. 4º.I da lei 13.979/20", *O Licitante*, 2020, disponible en <http://www.licitante.com.br/alteracoes-contratuais-pandemia-covid-19/>.

impide que las empresas culpables se beneficien con la pandemia para escapar de su debido castigo (19).

### III.2. Medida provisional 961

A diferencia de la ley 13.979, cuyas disposiciones se aplican solo a los contratos relacionados con la lucha contra el COVID-19, la medida provisional 961 tiene aplicabilidad para todas las contrataciones durante el estado de calamidad pública reconocido por el dec. leg. 6/2020. La justificación implícita es que los efectos de la pandemia se extienden a toda la sociedad y afectan la contratación pública en general, no solo los contratos de emergencia. Los equipos de la Administración y las empresas se ven igualmente afectados en su rutina (por falta de personal, problemas con los suministros, etc.), lo que requiere la adaptación a estos cambios, sin los cuales los procedimientos en general se verían obstaculizados.

Por lo tanto, la medida provisional 961 trae tres herramientas importantes que se podrán utilizar en todos los contratos que se realicen mientras dure el estado de calamidad. Se suman más opciones en el arsenal de la Administración para gestionar la contratación pública durante esta situación excepcional.

#### III.2.a. Aumento de montos por contratación directa de bajo valor

Como ya se vio, la ley 13.979 se ocupó del caso de dispensa de licitación para contratos llevados a cabo con el objetivo de combatir los efectos del COVID-19. A su vez, la medida provisional 961 aumentó los montos previstos en la Ley General de Licitaciones para las contrataciones directas debido al bajo valor del objeto, permitiendo así que ciertos contratos que previamente requerían la finalización de todo el proceso de licitación se adjudicaran directamente, de una manera mucho más rápida.

---

(19) Cfr. PARZIALE, Aniello, “A suspensão dos prazos prescricionais nos processos sancionatórios no âmbito das contratações públicas em razão do COVID-19”, *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 2020, disponible en <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/05/11/suspensao-dos-prazos-prescricionais-nos-processos-sancionatorios-no-ambito-das-contratacoes-publicas-em-razao-do-covid-19/>.

Los valores para este tipo de dispensa se han triplicado. Para obras y servicios de ingeniería, aumentó de 33.000 reales a 100.000 reales, mientras que para otros servicios y compras pasó de 17.500 reales a 50.000 reales. Es un crecimiento significativo que implica optar por la agilidad en la contratación durante la pandemia, en detrimento del principio de competencia. Además, también provoca la necesidad de aumentar el control de estas contrataciones directas, ya que está claro que ellas facilitan la aparición de irregularidades. El objetivo aquí está en la reducción de los costos administrativos (principalmente el factor tiempo) de los procedimientos y también es una compensación por el funcionamiento comprometido de la Administración Pública durante la pandemia.

#### III.2.b. Posibilidad de pago por adelantado

Antes permitido solo en situaciones muy excepcionales, el pago por adelantado fue expresamente liberado por la medida provisional 961. Si la idea tradicional es tratar de evitar pérdidas para la Administración por la realización de pagos sin el debido cumplimiento del contratista, aquí el objetivo es fundamentalmente tratar de garantizar la recepción de los bienes y servicios que son necesarios, incluso con mayores riesgos (20).

Este cambio de visión se debe principalmente a la gran disparidad entre la oferta y la demanda que involucra los suministros utilizados para combatir el COVID-19. Con una demanda de estos productos mucho mayor que su disponibilidad, las empresas contratistas prefieren no someterse a las reglas normales de contratación pública, haciendo demandas, como el pago por adelantado, que no serían aceptadas en períodos normales. En vista de la necesidad urgente de estos suministros, no hay otra opción para la Administración que someterse a tales peticiones.

Sin embargo, la medida provisional 961 también establece que el pago por adelantado solo

---

(20) Véase REIS, Luciano, “O pagamento antecipado e o repensar do comportamento do Estado comprador”, *Direito do Estado*, 2020, disponible en <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/luciano-elias-reis/o-pagamento-antecipado-e-o-repensar-do-comportamento-do-estado-comprador>.

se puede hacer si una de las siguientes condiciones está presente: 1) ser una condición indispensable para obtener el bien o garantizar la prestación del servicio; o 2) ahorro significativo de recursos. La existencia de una de las citadas circunstancias debe ser probada por la autoridad en el proceso de contratación, y solo después de eso puede hacerse el pago (21).

### III.2.c. Posibilidad de utilizar el Régimen Diferenciado de Contratación Pública (RDC)

El Régimen Diferenciado de Contratación Pública (ley 12.462/2011) fue creado para las obras necesarias para el Mundial de Fútbol de 2014 y para los Juegos Olímpicos de 2016, competiciones deportivas celebradas en Brasil. Su objetivo principal era proporcionar mayor velocidad en la contratación, ya que su procedimiento era mucho más dinámico que los previstos en la Ley General de Licitaciones (22).

Lo que hizo la medida provisional 961 fue permitir que este régimen especial para la contratación de obras se convierta en opcional para las licitaciones y contratos de cualquier obra, servicio o compra de la Administración Pública, precisamente para facilitar y agilizar todo tipo de contratación. Además, también permite contratar las obras necesarias para enfrentar la pandemia, ya que la ley 13.979 no les era aplicable.

## IV. Métodos de control y transparencia

Como se puede ver en la presentación de las medidas tomadas por el legislador brasileño para llevar a cabo contratos públicos durante la pandemia, la Administración recibió herramientas poderosas para poder contratar los bienes y servicios necesarios para combatir el COVID-19. Aunque existen requisitos técnicos y exigencias objetivas para estos contratos de emergencia, también está claro que hay mucho espacio para la discrecionalidad de los agentes

(21) Cfr. PÉRCIO, Gabriela, “Medida provisória 961/20: antecipação de pagamento e cautelas (extras) necessárias”, *O Licitante*, 2020, disponible en <http://www.licitante.com.br/mp-961-pagamento-antecipado-cautelas/>.

(22) Cfr. SIMÕES, Luiz Felipe — FRANCA, Erivan, “Inovações trazidas pela medida provisória 961/2020 nas licitações e nos contratos administrativos”, *Blog JML*, 2020, disponible en <https://www.blogjml.com.br/?cod=6bbb63d95d3161e2e85b28792c503e7b>.

públicos, lo que no es intrínsecamente malo, pero que puede abrir brechas para posibles actos ilegales (23).

Para tratar de minimizar estos riesgos de corrupción y malversación de fondos públicos, la ley 13.979, en el párr. 2º de su art. 4º, determinó que la información sobre las contrataciones o adquisiciones realizadas en el combate de la pandemia debe estar disponible de inmediato en un sitio web oficial específico. Datos como el valor del contrato, el nombre del contratista, el plazo contractual, entre otros, deben ser informados lo antes posible a todos los ciudadanos, a fin de permitir el control sobre la integridad de las contrataciones.

Este intento de hacer que la contratación de emergencia sea transparente es digno de elogio (24), aunque hay varios informes e incluso operaciones policíacas contra diversas contrataciones sospechosas hasta el presente. A nivel federal, se puede encontrar un ejemplo de esta disponibilidad en el Panel de Compras COVID-19 (25), donde pueden realizarse pesquisas sobre contratos de emergencia a través de diferentes filtros de informaciones. Las provincias y los municipios, aunque no todos, también han lanzado sus propios sitios web para proporcionar la información requerida por la ley sobre sus respectivos contratos de emergencia.

Los órganos responsables del control de la contratación pública, además de investigar y tratar de castigar a cualquier agente corrupto, también están realizando trabajos preventivos

(23) Cfr. SOMBRA, Thiago — GUIMARÃES, Jaqueline — CATTLEY, Luiza, “Crise da COVID-19 eleva o risco de corrupção nas contratações públicas”, *Consultor Jurídico*, 2020, disponible en <https://www.conjur.com.br/2020-jun-07/opinia0-covid-19-perigo-corrupcao>.

(24) Para una visión de la importancia de la transparencia en tiempos de pandemia, véase LAROCCA, Ana Carina, “La transparencia como valor esencial en las contrataciones de emergencia por el COVID-19”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 2020, disponible en <https://obcp.com.ar/opiniones/la-transparencia-como-valor-esencial-en-las-contrataciones-de-emergencia-por-el-covid-19>.

(25) Véase <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/transparencia/60-transparencia/1313-transparencia-dos-dados-de-compras-para-o-covid-19>.

para evitar irregularidades en los contratos de emergencia por la pandemia. Son documentos producidos con el fin de aclarar y alertar a todos los involucrados en la contratación pública sobre el cuidado que se debe tener en estos procedimientos.

El Tribunal de Cuentas de la Unión, junto con Transparencia Internacional Brasil, lanzaron el documento denominado “Recomendações para transparência de contratações emergenciais em resposta à COVID-19” (26), dirigido a gestores públicos, con información sobre prevención de corrupción, transparencia y buenas prácticas en las contrataciones realizadas durante la vigencia de las normas de emergencia.

Por su parte, la Contraloría General de la Unión organizó el documento “Boas práticas de integridade nas relações público-privadas em tempos de pandemia” (27), una guía centrada en las empresas que tienen la intención de contratar con la Administración Pública durante el estado de emergencia. Son instrucciones dirigidas especialmente a los empresarios para ejercer el control de integridad dentro de sus organizaciones y para informar posibles abusos por parte de los agentes públicos, a fin de mantener la legalidad de las contrataciones y preservar la imagen de sus empresas.

## V. Conclusiones

Este fue un resumen muy breve de las medidas de contratación de emergencia tomadas en Brasil para combatir el COVID-19. Se podrían agregar muchos otros detalles que quedaron

fuera en nombre de la concisión del texto y también para una comprensión más general de las providencias adoptadas. Aunque con algunas diferencias, Brasil siguió, al menos en la parte legislativa, un camino similar al de otros países con respecto a los contratos de emergencia relacionados al COVID-19. Ante una catástrofe de este nivel, no hay mucho espacio para soluciones “brillantes”, ya que los problemas son los mismos en todas las naciones y el objetivo es único: tratar de salvar tantas vidas como sea posible.

En el caso de Brasil, un país con altos niveles de corrupción en todas las esferas, la flexibilización de los procedimientos de contratación pública, con la adición de altas dosis de discrecionalidad para los funcionarios públicos, realmente crea una sensación de miedo, pues el resultado más probable será un amplio conjunto de actos ilícitos y contratos fraudulentos (28). Pero ante la pandemia no hay otro camino. Los gobiernos, y las naciones en general, deben reconocer sus responsabilidades, sus fuerzas y debilidades, y trabajar para vencer el virus, cueste lo que cueste.

Realmente no sabemos cuáles serán las consecuencias y las secuelas que esta pandemia dejará en nuestras sociedades, y mucho menos cuál será la tan mentada “nueva realidad”. De lo que estoy seguro es de que la contratación pública no será como antes. Quedó claro que es una herramienta esencial y estratégica para que los gobiernos y las Administraciones Públicas logren sus objetivos, ya sea intentando salvar vidas en una situación de emergencia sanitaria o evitando el calentamiento global.

---

(26) Véase <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/86:tibr-recomendacoes-de-contratacoes-emergenciais-covid19?stream=1>.

(27) Véase <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/cartilha-integridade-covid.pdf>.

---

(28) Cfr. MONTENEGRO, Marcos P., “Governança e qualidade dos gastos nos desastres: novo coronavírus, antigas vulnerabilidades e altos riscos”, en VALENCIO, Norma — OLIVEIRA, Celso (org.), *COVID-19: crises entremeadas no contexto de pandemia (antecedentes, cenários e recomendações)*, Ed. UFSCar/CPOI, 2020, ps. 73-84.

# Contratación pública y COVID-19 en la República Argentina

Jorge I. Muratorio (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Emergencia general y emergencia por pandemia de COVID-19.— III. La normativa de COVID-19 y la regulación de la contratación pública.— IV. Contratos de emergencia por COVID-19.— V. Contratos de servicios públicos.— VI. Concesiones viales.— VII. El impacto en general en los contratos públicos.

## I. Introducción

A los efectos de la siguiente exposición, en el marco internacional de este seminario, es preciso recordar que la República Argentina ha adoptado para su gobierno la forma federal (1), de modo que, para lo que aquí trataremos, es relevante distinguir someramente lo que es materia del gobierno nacional, de las 23 provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y de los municipios.

Así, diremos que ha sido delegado por las provincias a la Nación todo lo atinente a la regulación del comercio interjurisdiccional (2), incluyéndose aquí los servicios públicos que presentan tales características, así como los de declarada materia federal (3); mientras que la regulación de la contratación pública corresponde a cada una de las jurisdicciones estatales referidas (4).

---

(\*) Director del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral y profesor en diversos posgrados de Derecho Administrativo en la Argentina y en el exterior. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Desde 1998 integra el Estudio O'Farrell, del cual es socio, teniendo a su cargo el Departamento de Derecho Público y Regulación Económica.

(1) Art. 1° de la CN.

(2) Art. 75, inc. 13, CN.

(3) Art. 42, CN. Así, p. ej., el transporte interjurisdiccional, las telecomunicaciones por la red nacional y el gas natural (declarado materia federal), respectivamente.

(4) Tal es lo que sucede cuando se trata de vínculos contractuales de naturaleza administrativa, en los cuales

En materia de los derechos a la salud y la vivienda, en cambio, la regulación es concurrente entre el Estado Nacional, las provincias y la CABA, tal como precisamente lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de un caso que involucraba medidas por COVID-19 (5), en cuanto, al respecto, la Ley Fundamental encomienda la tutela al “Estado”, término que “...alude tanto al Estado Nacional como a los Estados provinciales, de tal manera que la reglamentación de este precepto no es privativa del gobierno federal [...] y que, en caso de facultades concurrentes, una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre una misma materia sin que de esta circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno siempre que no medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable entre esas facultades” (6).

---

una provincia actúa en carácter y utilizando facultades de poder administrador, conforme a su propia normativa (CS, 16/12/2014, “Río Negro, Provincia de c. AYCSA TENSIS SA y otra s/ cobro de pesos”, Fallos 337:1503, y jurisprudencia allí citada).

(5) CS, 05/05/2020, “Rodríguez, Roberto y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otro”, citando las causas precedentes del 07/05/2005, “Peralta, María Florencia c. Buenos Aires, Provincia de s/ amparo”; del 20/06/2006, “Luzuriaga, Lisandro M. c. Tierra del Fuego, Provincia de s/ amparo”; y del 18/07/2006, “Rebull, Gustavo P. c. Misiones, Provincia de y otro s/ amparo”, disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>.

(6) Con cita de CS, “Obra Social Bancaria Argentina”, Fallos 336:974; “San Juan, Provincia”, Fallos 330:1927, y “Nación Argentina”, Fallos 310:2812.



## II. Emergencia general y emergencia por pandemia de COVID-19

Veremos seguidamente la normativa dictada por la República Argentina frente a la emergencia de la pandemia de COVID-19 así declarada por la Organización Mundial de la Salud con fecha 11/03/2020, a efectos de distinguir cuanto se refiere expresamente y/o impacta en materia de contratación pública.

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que nuestro país ha transitado largos períodos bajo normativas de emergencia fundamentalmente económicas, que también incluyeron las sanitarias, o sanitarias que llevaron a la emergencia económica, etc. (7), a tal punto que se ha generado todo un derecho al respecto, la “doctrina de la emergencia” o “estado de emergencia” (8).

Y, además, ya se encontraba en una de tales “emergencias” cuando se adicionó la derivada de la pandemia de COVID-19.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, con la finalidad de custodiar la paz social y el interés general, las normas de emergencia permiten satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada ante acontecimientos extraordinarios, para lo cual la situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso, con debido sustento en la realidad y en orden a ejercer los poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad, persiguiendo la satisfacción del interés público y en protección de intereses básicos de la sociedad, utilizando razonablemente remedios propios y justificados, con limitación en el tiempo en función de la exigencia de su razón (9).

Inclusive, y respecto ya de la situación del COVID-19, ha sostenido recientemente al res-

(7) Ver en este sentido FLORES, Álvaro, “El coronavirus y su impacto en la contratación pública”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 20/03/2020, Universidad Austral, disponible en <http://www.obcp.com.ar/opiniones/el-coronavirus-y-su-impacto-en-la-contratacion-publica>.

(8) Término utilizado por la ley 23.696 y luego por la Corte Suprema para emergencias posteriores (CS, Fallos 328:690; 334:596, entre otros).

(9) CS, 26/10/2004, “Bustos, Alberto R. y otros c. EN y otros s/ amparo”, Fallos 327:4495.

pecto la Corte Suprema que se trata de circunstancias de extrema incertidumbre, una emergencia que sacude a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, contexto en el cual “sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos”, en tanto que “Las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de derecho” (10).

En nuestras anteriores emergencias, y al igual que sucede ahora, se dicta al efecto una normativa específica (leyes 23.696, 25.344, 25.561, 27.541, etc.), a través de la cual —y entre otros aspectos—, en lo referido a la contratación pública, se han establecido normas de contratación especiales para la emergencia e inclusive se han regulado los efectos de tal situación para la continuación (y sus términos) o no de los contratos públicos.

Los remedios de emergencia no por anteriormente previstos y utilizados resultan convenientes y/o aconsejables; como en las medicinas, también se debe aprender y evolucionar al respecto.

Bajo esa premisa, recordaremos que mediante la ley 23.696 de Reforma del Estado (en adelante, “LRE”) de 1989, se declaró “..en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional..” (11).

Asimismo, se estableció un régimen para la realización de las contrataciones de emergencia para la provisión de bienes, servicios, locaciones, obras, concesiones, permisos y la realización de todo otro contrato necesario para superarla, las cuales se llevarían a cabo sin otras formalidades que solicitar la presentación de por lo menos dos ofertas a “empresas reconocidas”, cuando ello resultare posible —sin perjuicio de recibir otras ofertas espontáneas, para lo cual se exigía cierta difusión de la contratación—, y la inter-

(10) CS, 24/04/2020, *in re* “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, consids. 4º y 17.

(11) Art. 1º.



vención de los órganos de control externo previa a la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato solo procedería para los casos de contrataciones de mayor monto (12).

Respecto de todas las contrataciones vigentes celebradas con anterioridad a dicha ley, se facultó a los ministros a declarar la rescisión por razones de emergencia, entendiendo que esta constituía una causa de fuerza mayor, conforme a lo expresamente previsto en los arts. 54 de la ley 13.064 (13) y 5° de la ley 12.910 (14) para así aplicarse a todos los contratos de obra y de consultoría, en solución que analógicamente debía extenderse a los demás contratos, con las modalidades necesarias según sus respectivos regímenes jurídicos (15).

(12) Arts. 46 y 47.

(13) Este artículo establece: “Producida la rescisión del contrato en virtud de las causales previstas en el artículo anterior, ella tendrá las siguientes consecuencias: a) Liquidación a favor del contratista, previa valuación practicada de común acuerdo con él sobre la base de los precios, costos y valores contractuales, del importe de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás enseres necesarios para las obras que este no quiera retener; b) Liquidación a favor del contratista del importe de los materiales acopiados y los contratados, en viaje o en elaboración, que sean de recibo; c) Transferencia, sin pérdida para el contratista, de los contratos celebrados por el mismo para la ejecución de las obras; d) Si hubiera trabajos ejecutados, el contratista deberá requerir la inmediata recepción provisional de los mismos, debiendo realizarse su recepción definitiva una vez vencido el plazo de garantía; e) Liquidación a favor del contratista de los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato; f) No se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas. En el caso del inc. d) del art. 53, no será de aplicación el inc. e) del presente artículo”.

(14) El cual dispone: “En los casos en que se encuentren total o parcialmente paralizadas las obras y sin perjuicio de lo establecido en el art. 1° con respecto a la parte de obra ejecutada, se examinará atendiendo a las causas particulares de la paralización, la posibilidad de proseguirlas mediante modificaciones en su estructura técnica, reajuste de precios y condiciones, prórrogas de plazos y otras medidas; o bien, si ello no fuera viable, se procederá a la rescisión de los respectivos contratos sin aplicación de penalidades. En este último caso, no le será reconocida a los empresarios ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por la parte de obra que se deja de ejecutar”.

(15) Art. 48.

Tal rescisión no procedería en aquellos casos en que fuera posible la continuación de la obra o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el “principio del sacrificio compartido” por ambas partes contratantes, mediante acuerdos a ser aprobados por el ministro competente en razón de la materia y que debían contemplar condiciones mínimas, tales como la adecuación del plan de trabajos a las condiciones de disponibilidad de fondos del comitente —sin afectar sustancialmente la ocupación del personal—; la aplicación sobre los certificados de variación de costos de factores de corrección que contemplaran la compensación por la distorsión de los sistemas de ajustes de costos contractuales, con un índice de reducción aplicable sobre las diferencias resultantes (acreditando los contratistas una distorsión significativa por la aplicación de los sistemas de ajustes o reconocimientos de variaciones de costos previstos en el contrato); la refinanciación de la deuda en mora, salvo que se aceptara la cancelación de la acreencia mediante títulos de la deuda pública; la adecuación del proyecto constructivo a las necesidades de ahorro efectivo de recursos cuando resultare técnicamente posible; la prórroga del plazo de ejecución sin aplicación de penalidades ni congelamiento del reajuste de costos, probando la incidencia directa de la situación de emergencia en la demora; la renuncia de la contratista a su derecho a percibir gastos improductivos, mayores gastos generales directos o indirectos, o cualquier otra compensación o indemnización derivada de la reducción del ritmo o paralización total o parcial de la obra; y la renuncia de la contratista a reclamar otras compensaciones o créditos por variaciones de costos no certificadas (16).

Posteriormente, en el año 2000, la ley 25.344 de Emergencia Económico-Financiera (en adelante, “LEEF”) (17) declaró en emergencia la situación económico-financiera del Estado Nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional, y facultó al Poder Ejecutivo Nacional a disponer por razones de emergencia la rescisión

(16) Por su parte, el dec. 1109/1989, reglamentario de la LRE, art. 48.

(17) BO del 21/11/2000.

sión de los contratos de cualquier otro tipo —de obra, de servicios, de suministros, de consultoría— que generen obligaciones a cargo del Estado, celebrados con anterioridad al 10/12/1999 (excluyó los contratos suscritos en virtud de los procesos de privatización autorizados por la ley 23.696 y regidos en sus prestaciones por marcos regulatorios establecidos por ley) **(18)**.

La LEEF —en forma similar a la LRE— estableció que a los efectos de dicha ley se considerarían configuradas las causales de fuerza mayor según el régimen previsto en los arts. 53 y 54 de la ley 13.064 **(19)**, norma que se declaró aplicable a esos fines a todos los contratos antes mencionados, cualquiera fuera el tipo jurídico del ente comitente, y, asimismo, que la Administración determinaría por acto administrativo los contratos sujetos al régimen del presente capítulo.

La rescisión no procedería en aquellos casos en que fuera posible la continuación de la obra o la ejecución del contrato, previo acuerdo de partes inspirado en el “principio del sacrificio compartido”, bajo condiciones mínimas, tales como la adecuación del plan de trabajos a las condiciones de disponibilidad de fondos del comitente; la refinanciación de la deuda en mora (excepto cancelación de la acreencia mediante títulos de la deuda pública); la adecuación del proyecto respectivo a las necesidades de ahorro efectivo de recursos cuando aquello resulte técnicamente posible; la renuncia de la contratista

(18) Art. 1º.

(19) El art. 53 dispone: “El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos: a) Cuando las modificaciones mencionadas en el art. 30 o los errores a que se refiere el art. 37 alteren el valor total de las obras contratadas, en un 20% en más o en menos; b) Cuando la Administración Pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras; c) Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50% durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la Administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido; d) Por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato; e) Cuando la Administración no efectúe la entrega de los terrenos ni realice el replanteo de la obra dentro del plazo fijado en los pliegos especiales más una tolerancia de treinta días”.

a percibir gastos improductivos, mayores gastos generales directos o indirectos o cualquier otra compensación o indemnización derivada de la reducción del ritmo o paralización total o parcial de la obra, así como a reclamar compensaciones o créditos no certificados **(20)**.

En el año 2002, la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (en adelante, “LEP”) **(21)** declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional diversas facultades **(22)**, a la vez que, respecto de las obligaciones originadas en los contratos de la Administración regidos por normas de derecho público (comprendidos en ellos los de obras y servicios públicos), dejó sin efecto las cláusulas de ajuste en divisas extranjeras y las cláusulas y los mecanismos indexatorios, estableciendo que los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas quedaban establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$) = un dólar estadounidense (US\$ 1) **(23)**, autorizando al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar tales contratos **(24)**.

En el caso de los contratos de servicios públicos, la LEP estableció que para esa renegociación debían tomarse en consideración los criterios del impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; la seguridad de los sistemas comprendidos y la rentabilidad de las empresas.

Asimismo, se estableció que las disposiciones antes mencionadas en ningún caso autorizarían a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones **(25)**.

(20) Art. 3º.

(21) BO del 07/01/2002.

(22) Art. 1º.

(23) Art. 8º.

(24) Art. 9º.

(25) Art. 10.

Es del caso señalar que el mencionado proceso de renegociación fue extensamente demorado en su concreción por el Estado, pues de los cuatro a seis meses que se indicó que llevaría readecuar los contratos durante la emergencia para preservar su estructura (26), en varios casos la renegociación definitiva recién se finalizó luego de quince años, a través de un proceso desgastante por las continuas extensiones del plazo —tanto como de los mecanismos transitorios de redeterminación de costos—, cambios de autoridades y de criterios, de órganos que debían intervenir, incumplimiento de compromisos, intervención administrativa de compañías prestadoras [acotadas por decisiones judiciales solo a veedurías (27)], promoción y desarrollo de procesos arbitrales por los accionistas de tales compañías ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) —en el marco de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones—, etc. En el ámbito de dicho tribunal, precisamente, se estableció que tal dilatado y cambiante proceso de renegociación, carente de una real negociación bilateral, no respetaba la exigencia de trato justo y equitativo que prevén esos tratados para las inversiones, consistentes en los contratos celebrados (28).

(26) Dec. 293/2002 y res. ME 20/2002. Esta última aprobó las “Normas de procedimiento para la renegociación de los contratos de prestación de obras y servicios públicos”, en cuyo art. 2.1 se estableció: “Constituye un objetivo primario de este proceso, procurar, en la medida de las posibilidades y con el criterio de sacrificio compartido, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión o de licencia, durante el período de emergencia y hasta tanto sea superada dicha situación, sin introducir cambios estructurales, a efectos de preservar la vida del contrato y las condiciones originariamente pactadas con miras a su restablecimiento futuro”.

(27) No se admitió la intervención con alcance de coadministración societaria (CNFed. Cont. Adm., sala I, 23/03/2009, “TGN c. Res. I/587/08 - Enargas”; sala V, 20/04/2010, “Autopistas del Sol c. EN — DNV — Res. 2604/2009”).

(28) Caso CIADI ARB/03/19, “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA vs. República Argentina”, decisión sobre responsabilidad, 30/07/2010. Allí se manifestó que “La esencia de una renegociación es que las partes acuerden libremente la revisión o modificación de un acuerdo existente”, y no la imposición unilateral de modificaciones contractuales (párr. 242); caso CIADI ARB/04/1, “Total SA vs. República Argentina”, decisión sobre responsabilidad, 27/12/2010.

Tal desfasaje produjo esto en los esquemas tarifarios que hasta motivó el caso “CEPIS” de la Corte Suprema de Justicia, donde se establecieron parámetros para la procedencia de audiencias públicas y para el ejercicio de dicha potestad tarifaria, incluso para tener en cuenta a futuro (29).

En definitiva, es importante destacar que la renegociación contractual debe ser un procedimiento bilateral, transparente y debidamente regulado, bajo parámetros claros, con intervención predeterminada de órganos especializados, con etapas, procedimientos y plazos de aplicación que contemplen la forma en que el contrato puede enfrentar la situación que lo impacta, superándola, así como su modo de cumplimiento durante esa misma fase de renegociación y en las posteriores.

Al propio tiempo, no debe tratarse de una mera imposición del comitente estatal de modificaciones contractuales y renuncias del contratista, que transcurra entre dilaciones y ámbitos de discrecionalidad que hagan impredecible e ineficaz este procedimiento (30).

### III. La normativa de COVID-19 y la regulación de la contratación pública

La normativa de emergencia por COVID-19 se encuentra configurada básicamente por la ley 27.541 (“LEP”) de 2019, que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta el 31/12/2020, así como por los decretos de necesidad y urgencia 260/2020 (31), 297/2020, 408/2020, 459/2020, normas complementarias y reglamentarias (en adelante, y en conjunto, “normativa de COVID-19”), en cuya virtud rige desde el 20/03/2020 un “aislamiento social, pre-

En el mismo sentido, CNUDMI, “National Grid PLC vs. República Argentina”, laudo, 03/11/2008.

(29) CS, 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”.

(30) Así, p. ej., no parecería sujetarse a ese criterio el dec. 401/2020 de la provincia de Mendoza, que establece que, si no se logra la renegociación mediante acuerdo de partes, el Poder Ejecutivo podrá “reprogramar” cláusulas.

(31) BO del 13/03/2020.

ventivo y obligatorio” (“ASPO”) —por un plazo que se ha prorrogado reiteradamente en atención a la situación epidemiológica— por el cual las personas deben permanecer en sus residencias, absteniéndose de concurrir a sus lugares de trabajo y desplazarse por rutas, vías y espacios públicos —salvo desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos—, bajo control y sanción estatal (32).

Se exceptúa de todo ello a las personas afectadas a las “actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia”, tales como personal de salud, de fuerzas de seguridad y Fuerzas Armadas, autoridades gubernamentales superiores, trabajadores públicos convocados para garantizar las actividades requeridas por las respectivas autoridades, personal de supermercados, farmacias, industrias alimenticias, de insumos sanitarios y de medicamentos, etcétera (33).

Y, en específica relación con la contratación pública, cabe mencionar entre tales excepciones, por ejemplo, a las personas afectadas a “obra pública” y a distintos servicios públicos (34), tales como telecomunicacio-

(32) Arts. 2º y 3º.

(33) Art. 6º, DNU 297/2020.

(34) Recordemos que en nuestro país una actividad es considerada servicio público cuando satisface una necesidad esencial de la comunidad (cuestión de hecho) y así es declarado por ley. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos” (CS, 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”). Actualmente, a nivel nacional son servicios públicos los siguientes: el transporte y la distribución de energía eléctrica (art. 1º, ley 24.065); el transporte y la distribución de gas natural y distribución de GLP por redes (ley 24.076); la provisión de agua potable y desagües cloacales, incluyendo recolección,

nes; servicios postales; recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias; transporte público de pasajeros, transporte y distribución de energía eléctrica y gas.

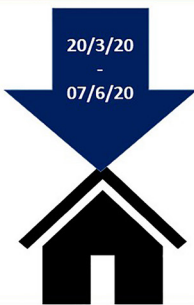
Luego, en el devenir, se ha previsto que continúe la regulación de las excepciones a cargo del jefe de Gabinete de Ministros; que lo haga a pedido de los gobernadores de las provincias y de la CABA; que lo decidan estos últimos dentro de sus departamentos o partidos según parámetros epidemiológicos y conforme a parámetros sanitarios, quedando solo bajo decisión del primero lo atinente al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), conformada por la CABA y 40 municipios de la provincia de Buenos Aires.

Tal es lo que se muestra en este gráfico con indicación de la normativa respectiva:

tratamiento y disposición de efluentes líquidos y barros resultantes (solo el caso de la actual empresa AYSA, ley 26.211); el servicio postal universal, cuyo contenido será definido por el Poder Ejecutivo Nacional en función del contexto tecnológico, social y económico; el servicio básico telefónico (dec. 62/1990 y art. 54 de la ley 27.078 “Argentina Digital”); el transporte aerocomercial de pasajeros, correos y carga (art. 1º, ley 26.412); los servicios aeroportuarios (dec. 163/2008); el servicio de navegación aérea (ley 27.161); el transporte ferroviario de pasajeros; el autotransporte público de pasajeros, incluyendo los servicios de las estaciones terminales (ley 12.346 y dec. 958/1992); y el practicaje —navegación— (art. 99, ley 20.094, Código de la Navegación). A su vez, son declaradas actividades de interés público la generación de energía eléctrica en cualquiera de sus modalidades (art. 1º, ley 24.065) y el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados (art. 1º de la ley 27.078 “Argentina Digital”). Mientras que la ley 25.877 —Conflictos Colectivos de Trabajo— incluye como “actividades esenciales” a los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo, sin perjuicio de otras que puedan excepcionalmente así ser calificadas, todo ello a los fines del deber de garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que las involucren (art. 24).



**Ley N° 27.541:** Emergencia pública económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta 31/12/20 + **DNU 260/20**



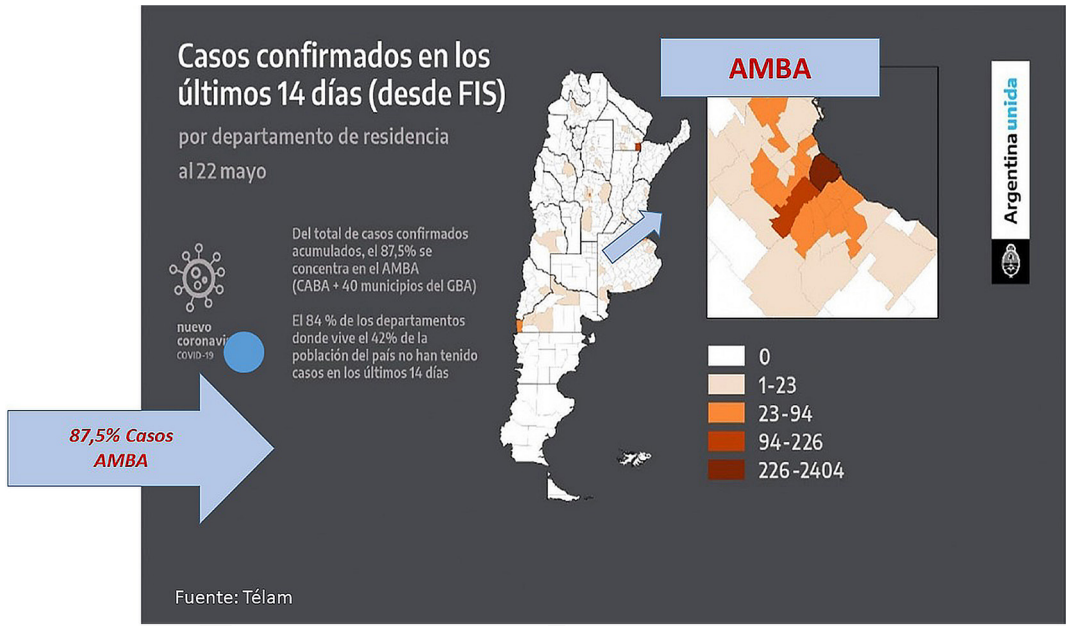
**ASPO**  
AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO  
DNU 297/20



## Excepciones al ASPO

- Art. 6° DNU 297/20 + DA JGM (ej. 429/20, 450/20 y 467/20)
- Dec. Adm JGM por pedido Gobernadores ej. DA. 524/20: Según situación epidemiológica + Protocolo Sanitario
- DNU 459/20: Habilitación por Gobernadores de **nuevas actividades industriales, de servicios o comerciales**
  - Deptos/Partidos → 500.000 habitantes
    - **Hasta...** → Según parámetros epidemiológicos y sanitarios (v.gr. No definido de transmisión local, Evaluación de riesgos, tiempo de duplicación de casos no menos de 15 días) + Protocolo sanitario
    - **Más...** → Según parámetros epidemiológicos y sanitarios (v.gr. tiempo de duplicación de casos no menos de 25 días) + Protocolo sanitario aprobado por autoridad sanitaria nacional
    - **AMBA → Autoriza JGM**
      - aprobación previa de la autoridad sanitaria provincial + Protocolo sanitario

Este modo de liberar el aislamiento, bajo estrictos criterios epidemiológicos y sanitarios, tiene que ver pues con la propia dinámica de la pandemia de COVID-19 en la Argentina, aspecto que demuestra este otro gráfico:



En definitiva, esta situación de respuesta normativa defensiva frente a una hecatombe, estableciendo una prohibición general al ejercicio de la libertad ambulatoria (con todo lo relacionado al efecto), que se recupera mediante excepciones tabuladas, nos recuerda al “poder de policía”, tal como lo describía Otto Mayer a principios del siglo XX, en cuanto se dictan reglas de derecho contra las perturbaciones sociales, en protección y defensa del buen orden de la cosa pública (hoy, del interés público) (35).

Decía Mayer que cuando tales perturbaciones se producen por fuerzas naturales de gran poder que ponen en peligro en vasta proporción la vida de los hombres, se trata de casos de “calamidad pública” y las medidas policiales deben ser proporcionales a ese peligro, agregando que la regla de derecho policial puede implicar una prohibición de actividades con reserva de permiso. “El permiso significa simplemente el restablecimiento de la libertad; no tiene contenido propio. No da a quien lo obtiene nada que ya no tuviera sin él. El permiso descarta la prohibición para el caso dado [...], la libertad se restablece como si no existiera la prohibición” (36).

Pero para obtener ese permiso debe cumplirse la formalidad de la aprobación, que supone controlar previamente que el ejercicio de esa libertad sea posible (37).

Es esto sin dudas lo que estamos viendo en la regulación policial de la pandemia: prohibición general de circulación y actividades, con excepciones para actividades esenciales según parámetros epidemiológicos, y con ejercicio supeditado al cumplimiento de protocolos sanitarios.

#### IV. Contratos de emergencia por COVID-19

Una vez más, la emergencia trae su propia normativa de contrataciones para tal etapa, tal como lo hizo la LRE de 1989.

(35) MAYER, Otto, “Derecho administrativo alemán”, Buenos Aires, 1982, 2ª ed., t. II, ps. 19 y ss.

(36) MAYER, Otto, “Derecho administrativo alemán”, ob. cit., t. II, p. 65.

(37) Ídem, t. II, p. 61.

La normativa que actualmente rige las contrataciones públicas nacionales es posterior a ese año, de modo que debería ser idónea precisamente para contemplar este tipo de casos; de hecho, es una alternativa válida que puede ser utilizada tanto como la nueva normativa de emergencia (38).

##### IV.1. La emergencia en el RCAN

En el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional contenido en el dec. 1023/2001 (“RCAN”), aplicable a la Administración centralizada y la descentralizada no empresaria, la selección del cocontratante debe hacerse, por regla general, mediante licitación pública o concurso público, mientras que la contratación directa solo será procedente en los casos expresamente previstos, tal como —y con relación al tema en análisis (39)— “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” (40).

Conforme al Reglamento del RCAN aprobado por dec. 1030/2016 (“RRCAN”), deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública. Asimismo, se entiende como razones de “urgencia” aquellas necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales del contratante, mientras que son razones de “emergencia” los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional. En cualquiera de esos casos, si se tratare de una situación previsible, deberán

(38) Ver <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contrataciones-enc.consultas-covid#tipo-procedimiento-2>.

(39) Art. 24.

(40) Art. 25, inc. d), apart. 5º.



establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo con el régimen disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno **(41)**.

El Manual de Procedimiento para las contrataciones que se gestionen aplicando el RCAN y el RRCAN (el “Manual”) **(42)** prevé para los casos de emergencia que la unidad requirente formule el pedido a la unidad operativa de contrataciones acreditando la existencia de tales causales, no siendo necesaria la convocatoria y la elección del procedimiento de selección ni la aprobación de los pliegos de bases y condiciones particulares. Bastará con invitar a un [1] proveedor acompañando el pliego de bases y condiciones particulares, pudiendo establecerse requisitos para la presentación de ofertas que se aparten de lo dispuesto en el RCAN, en el Manual y en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, para los procedimientos en general. Una vez seleccionado el proveedor, sin más trámite, la máxima autoridad de la jurisdicción emitirá el acto administrativo de finalización del procedimiento, sobre el procedimiento elegido y el pliego de bases y condiciones particulares aplicable. Los oferentes y adjudicatarios estarán exceptuados de la obligación de presentar garantías y de la inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) **(43)**.

#### *IV.2. Contratación de emergencia por COVID-19*

La normativa de emergencia por COVID-19 faculta contrataciones directas por esta causal: por un lado, al Ministerio de Salud, permitiéndole efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, con base en evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al RCAN, debiendo publicarse posteriormente **(44)**; y, por

otro, de igual modo se faculta a toda la Administración centralizada y a toda la descentralizada (esto incluye empresas y sociedades del Estado, que estarán fuera del RCAN) a efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al RCAN o a sus regímenes de contrataciones específicos, debiendo publicarse posteriormente. Se atribuyó al jefe de Gabinete de Ministros establecer los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de dicha emergencia **(45)**.

En función de esto último, se estableció **(46)** que los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de los procedimientos de selección para la contratación de bienes y servicios en la emergencia por COVID-19 serán los previstos en el RCAN (que rigen desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato): razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; transparencia en los procedimientos; publicidad y difusión de las actuaciones; responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Asimismo, se previó fundamentalmente que para la convocatoria debía: (i) consultarse la nómina de proveedores del rubro que se encuentren inscriptos en el SIPRO, asociado al Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional (COMPR.AR), al momento de efectuarse las invitaciones; (ii) invitarse como mínimo a tres [3] proveedores (salvo que no obrase la cantidad indicada en los registros, lo cual así debía acreditarse en el expediente); y (iii) si se alcanzaba el monto correspondiente, solicitarse a la SIGEN el respectivo precio testigo

(41) Art. 19 del RRCAN.

(42) Aprobado por disp. 62/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones (BO del 29/09/2016).

(43) Art. 55 del Manual.

(44) Art. 2º, inc. 6º, del DNU 260/2020, modif. por DNU 287/2020 (BO del 18/03/2020).

(45) Art. 15 ter del DNU 297/2020, incorporado por el DNU 287/2020 (BO del 18/03/2020).

(46) Decisión administrativa 409/2020 (BO del 18/03/2020).

o valores de referencia (47). Si ese procedimiento resultare fracasado o desierto, se podrá seleccionar de forma directa al proveedor. La auditoría de estos procedimientos se realizará en el contexto del respectivo plan anual a cargo de las Unidades de Auditoría Interna (UAI) (48).

También se estableció que en estos procesos de compra (incluidos los no adjudicados a ese momento) no podrán en ningún caso abonarse montos superiores a los “precios máximos” establecidos por la res. 100/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo o aquellos que se dispongan en el futuro (49).

Finalmente, se hicieron algunas precisiones más en cuanto a la implementación práctica de esos procedimientos (50), tales como que las invitaciones deben enviarse al domicilio electrónico especial declarado en el SIPRO asociado al COMPR.AR; la posibilidad de presentar ofertas por quienes no hubiesen sido invitados a participar; la indicación de que no se abonarán montos superiores a los precios máximos establecidos por la res. 100/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo —o aquellos que se dispongan en el futuro— (de recibirse ofertas que los superen, se solicitará que se adecúen o serán descalificadas); la indicación de si se evaluarán las ofertas considerando los incumplimientos de anterior-

res contratos (debiendo precisarse la cantidad y el tipo de incumplimientos que darán lugar a la desestimación de una oferta); si la oferta preseleccionada superare el precio informado por la SIGEN por encima del diez por ciento (10%), podrá propulsarse un mecanismo formal de mejora de precios a los efectos de alinear la mejor oferta con los valores que se informan.

Asimismo, se deberá desestimar la oferta y será causal determinante de su rechazo sin más trámite, en cualquier estado del procedimiento, o de la rescisión de pleno derecho del contrato, con pérdida de la garantía correspondiente, cuando se configure, entre otros, alguno de los siguientes supuestos: a) cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección; b) cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media simulación de competencia o concurrencia; c) cuando exhiban incumplimientos en anteriores contratos, de acuerdo con lo que se disponga en las invitaciones a cotizar.

Se especifica que cuando el criterio de selección recaiga en el precio, el análisis de las ofertas comenzará por la oferta más económica, y si esta cumpliera con las especificaciones técnicas y demás condiciones requeridas, se podrá recomendar su adjudicación sin necesidad de evaluar las restantes ofertas presentadas, salvo que por cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia se entienda necesario determinar el orden de mérito de todas las ofertas presentadas.

Se prevé la publicidad posterior en todos los casos, mediante la publicación del acto administrativo de conclusión del procedimiento en la página web de la ONC y en el Boletín Oficial por el término de un [1] día, dentro de los diez [10] días de notificado, además de la difusión en sus portales por los organismos contratantes.

En el siguiente gráfico puede verse una rápida comparación entre la contratación de emergencia del régimen general y la de este régimen especial.

(47) En función de lo establecido en la res. SIGEN 36/2017. Asimismo, se previó que la información debía suministrarse de inmediato y que tendría una vigencia de sesenta [60] días, pudiendo ser utilizados en otros procedimientos de similar tenor.

(48) Art. 8º de la decisión administrativa JGM 409/2020.

(49) Decisión administrativa JGM 472/2020 (BO del 07/04/2020). Del mismo modo, se previó que aun en los procesos de compra de emergencia por COVID-19 en los que se hubiere realizado el acto de adjudicación y hubiera obligaciones de pago pendientes de cumplimiento, también resultaba de aplicación tal límite de precios máximos, de modo que, en todos los casos, se procedería a pagar exclusivamente hasta dicho monto (art. 3º).

(50) Disp. 48/2020 de la Oficina Nacional de Contrataciones (BO del 20/03/2020), modificada por su similar 55/2020 (BO del 23/04/2020).

## Contrataciones de emergencia COVID-19

Régimen General

- **Régimen de Contrataciones Adm. Nac. (RCAN) (Dto. 1023/01) (RRCANDto. 1030/16).**
- **Contratación directa** → **probadas razones de emergencia** (situación de peligro que requiera una acción inmediata, compromete vida/salud) por **circunstancias objetivas** impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno. Invitación de **1 oferente**. Sin garantía. [Art. 25,d),5]

Régimen Especial COVID-19

### PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIONES BIENES Y SERVICIOS EMERGENCIA COVID-19 (DNU 260/20. DA JGM. 409/20, 472/20 y 812/20, DispONC 48/20, 53/20 y 55/20).

- **Ministerio de Salud: adquisición directa** de bienes, servicios o equipamiento para la emergencia, en base a **evidencia científica y análisis de información estratégica de salud**, sin sujeción al RCAN. Publicación posterior [Art. 2° inc. 6)]
- **Todas las jurisdicciones: contratación directa** de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al RCAN o a sus regímenes de contrataciones específicos, debiendo publicarse posteriormente (Art. 15, ter).
  - invitarse como mínimo a tres (3) proveedores
  - Tope: Precios Máximos
- **"Acuerdo Nacional Emergencia COVID 19"** (Acuerdo Marco para suministro directo de bienes y servicios) - Plataforma "Acord.AR"

Se puede utilizar uno u otro régimen, el general o el especial, mas no combinarlos. Asimismo, si se utiliza el segundo, debe acreditarse específicamente su causa directa en la situación de la pandemia; si no, no puede utilizarse.

Como aspectos positivos de este régimen especial, podemos destacar que se promueve una "compulsa abreviada" entre los tres proveedores invitados, debe llevarse todo al expediente electrónico, procede la vista del expediente y se prevé una publicidad, aun cuando posterior.

Como aspectos negativos se advierte que no se aplican normas del régimen general ni en forma directa ni supletoria (dejando un vacío innecesario); la aplicación optativa y parcial del Sistema Electrónico de Contrataciones COMPR.AR (solo en etapas de solicitud de contratación, envío de invitaciones, recepción de ofertas y, eventualmente, el cuadro comparativo); no se establecen requisitos de publicidad y difusión previas de la convocatoria; no se exige un plazo mínimo de antelación para cursar las invitaciones; las ofertas presentadas mediante correo electrónico no resguardarían suficientemente la reserva requerida; no hay un criterio uniforme y claro de evaluación, sino que se establece en cada caso.

En este último sentido, es importante mencionar que la Oficina Anticorrupción, a través de la res. 5/2020, ha establecido una serie de recomendaciones para fortalecer la integridad y transparencia en contrataciones públicas por emergencia de COVID-19, entre las que podemos mencionar: limitar el uso de los procedimientos de emergencia solo para circunstancias excepcionales y con fundamento suficiente (inviabilidad del canal habitual), admitiéndose la motivación posterior; explicar la estimación del presupuesto de modo realista, ya sea sobre cotizaciones anteriores o mediante consulta de precios de referencia en sitios web; mejorar la concurrencia de proveedores (diseño del pliego, plazo y difusión suficientes, p. ej., y además, en redes sociales); establecer criterios claros de evaluación de antecedentes de los oferentes; cumplir la normativa relativa a precios máximos; aplicar el régimen de detección y gestión de conflictos de intereses en procedimientos administrativos (dec. 202/2017); implementar compromisos de integridad; solicitar programas de integridad adecuados (51); establecer mecanismos de denuncia específicos para contrataciones de emergencia; transparen-

(51) Más allá de su previsión actual solo para los contratos de montos mayores (ley 27.401 y normativa reglamentaria).

cia activa, a través de recomendaciones relativas a la publicidad de la información.

Respecto del control, y tal como lo explica Ivanega, aun cuando en estas contrataciones administrativas se prevén dos planos de control interno, el de la SIGEN, mediante el sistema de precios testigos (res. 36/2017), y el de las UAI, con una facultad meramente formal, que no involucra el ejercicio de un control específico, la situación de emergencia justificaría que se ejerciera un control concomitante a la ejecución de las contrataciones —o a la brevedad después de realizadas— y con auditorías oportunas para verificar la regularidad de la gestión de las contrataciones y para determinar si deben modificarse o adaptarse los procedimientos (52).

### V. Contratos de servicios públicos

En materia energética, la ley 27.541 autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a reglar la reestructuración tarifaria con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva, y a reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de aquellos (53), así como a mantener las tarifas de electricidad y gas natural que estén bajo jurisdicción federal y a iniciar un proceso de renegociación de la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, en los términos de los marcos regulatorios respectivos, propendiendo a una reducción de la carga tarifaria real sobre los hogares, comercios e industrias para el año 2020 (54).

Asimismo, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a intervenir administrativamente el ENRE y el Enargas por un año (55), lo cual ya se produjo, a través, respectivamente, de los

(52) IVANEGA, Miriam, “Control público en tiempos de emergencia sanitaria”, *elDial* del 23/04/2020, disponible en <https://www.diariojudicial.com/nota/86242/articulos/control-publico-en-tiempos-de-emergencia-sanitaria.html>.

(53) Art. 2º, inc. b).

(54) Art. 5º.

(55) Art. 6º.

decs. 277/2020 (56) y 278/2020 (57). De este modo se vuelven a intervenir entes reguladores de servicios públicos, con privación del funcionamiento y sentido de sus directorios, en cuanto a debate y transparencia de sus decisiones (58).

También la ley 27.541 suspendió la previsión legal por la cual el Poder Ejecutivo Nacional debía pasar las distribuidoras eléctricas de jurisdicción federal a la provincia de Buenos Aires y a la CABA (59), de modo que durante la vigencia de la emergencia el ENRE mantendrá su

(56) Intervención del Enargas hasta el 31/12/2020; faculta a iniciar el proceso de revisión y renegociación tarifaria dispuesto en la ley 27.541; incluye la realización de la auditoría técnica, jurídica y económica pertinente.

(57) Intervención del ENRE hasta el 31/12/2020; faculta a iniciar el proceso de revisión y renegociación tarifaria dispuesto en la ley 27.541; incluye la realización de la auditoría técnica, jurídica y económica pertinente.

(58) Cabe recordar la jurisprudencia que sostiene que la clave de la independencia que el Congreso ha querido garantizar a los entes reguladores reside en la seguridad de que sus funcionarios directivos conservarán sus empleos, y no solamente por la simple voluntad del presidente, ya que siempre y cuando cumplan con las instrucciones generales relativas a la política de la Administración y observen la ley que están encargados de aplicar, solo podrán ser removidos antes del vencimiento de sus mandatos por acto fundado, y esa independencia forma parte de la garantía del debido proceso en beneficio de todos quienes se ven bajo el alcance de los actos de dichos entes (CNFed. Cont. Adm., sala V, 10/09/2009, “ACIJ y otros c. EN”). El Enargas ya estuvo diez años intervinido, entre 2007 y 2017 (conf. decs. 571/2007 y 594/2017). El carácter colegiado, que se concreta con un directorio, tiene en miras que las decisiones que se adopten tengan un debate previo bajo distintas opiniones y experiencias, lo cual también significa una mayor transparencia bajo lo previsto en el dec. 1172/2003, que en su art. 5º aprueba el Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos. Además, en decisión jurisprudencial —que no compartimos—, y respecto del Enargas, surgiría del art. 42 de la CN y del caso “CEPIS” de la Corte que su directorio debería asegurarse la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios (CNFed. Cont. Adm., sala I, 24/04/2019, “Unión de Usuarios y Consumidores Asociación Civil c. ENARGAS y otros s/ proceso de conocimiento”). Nada de esto sería posible con la intervención.

(59) En efecto, mediante el artículo de la ley se suspendió el art. 124 de la ley 27.467, por el cual debían pasar a tales jurisdicciones la Empresa Distribuidora Norte SA (Edenor) y la Empresa Distribuidora Sur SA (Edesur), respectivamente.



competencia sobre el servicio público de distribución de energía de tales concesionarias.

Posteriormente, mediante el DNU 311/2020 **(60)** se dispuso que las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 01/03/2020 —comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso—, no podrán disponer la suspensión o el corte de los servicios a determinados usuarios considerados más vulnerables **(61)**.

Asimismo, se exige la obligación de mantener un servicio reducido en caso de servicios de telefonía fija o móvil, internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital.

En esos casos, las empresas prestadoras deberán otorgar a los usuarios planes de facilidades de pago para cancelar las deudas que se generen durante el plazo de vigencia de las medidas de emergencia —conforme a las pautas que establezcan los entes reguladores o demás autoridades competentes— **(62)**.

No es dudoso que estas alteraciones contractuales repercutirán negativamente en las ecuaciones económico-financieras de las respectivas concesiones y licencias de los prestadores de

servicios públicos, que deberán recomponerse con la diligencia necesaria para prevenir también estos daños y, en su caso, repararlos.

## VI. Concesiones viales

En estos contratos, e invocando la normativa de COVID-19 y la protección de la salud de los empleados de las concesionarias —evitando el contacto con los usuarios—, la Dirección Nacional de Vialidad suspendió desde el 20/03/2020 y hasta el 10/05/2020, mediante la res. 98/2020 y sus prórrogas **(63)**, el cobro de las tarifas de peaje durante la emergencia de los contratos de concesión bajo su órbita: Corredores Viales nros. 4, 6 y 8; y nro. 18 **(64)**; de los Accesos Norte y Oeste a la Ciudad de Buenos Aires **(65)**; de Corredores Viales SA **(66)**; y de la contraprestación por tránsito de los contratos PPP de los Corredores Viales “A”, “B”, “C”, “E”, “F” y “Sur” **(67)**, en todos los casos manteniendo la obligación de prestar el servicio de emergencia en la red vial concesionada y los servicios principales, en el marco de sus respectivos contratos de concesión y contratos PPP, con el objetivo de garantizar el servicio público de tránsito y la seguridad de los usuarios.

Esto ha importado la modificación de tales contratos, privándolos de un flujo esperado, a la vez que se mantienen —como se dijo— obligaciones de servicio. Distinta es la solución que esto producirá en función de lo pactado en cada contrato.

En lo que hace a los contratos de participación público-privada, cabe recordar que en cada uno de estos se ha debido prever “un equitativo y eficiente reparto de aportes 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

(60) BO del 25/03/2020.

(61) Beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo (AUH), de la Asignación por Embarazo; inscriptos en el Régimen de Monotributo Social; jubilados y pensionados; usuarios que perciben seguro de desempleo; electrodependientes beneficiarios de la ley 27.351; usuarios incorporados en el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados de Casas Particulares (ley 26.844); exentos en el pago de ABL o tributos locales de igual naturaleza; usuarios no residenciales afectados por la emergencia (micro, pequeñas y medianas empresas; cooperativas de trabajo o empresas recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social —INAES—; instituciones de salud, públicas y privadas; entidades de bien público que contribuyan a la elaboración y distribución de alimentos en el marco de la emergencia alimentaria); ciertos beneficiarios de pensiones no contributivas; trabajadores en relación de dependencia, y trabajadores monotributistas.

(62) Art. 5º.

(63) Res. DNV 122/2020 (BO del 01/04/2020), 189/2020 (BO del 20/04/2020) y 214/2020 (BO del 28/04/2020).

(64) Ratificados respectivamente por los decs. 543/2010 y 2039/1990.

(65) Aprobados por el dec. 1167/1994, del 15/07/1994.

(66) Dec. 659/2019.

(67) Suscriptos con fecha 31/07/2018, bajo el régimen de la ley 27.328 de Participación Público-Privada.

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” (68).

En efecto, “El contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el pliego, su ecuación económico-financiera original cuando esta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la parte afectada, esta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el pliego y en el contrato PPP” (69).

Es interesante recordar que en el Modelo de Matriz de Riesgos la fuerza mayor es un riesgo compartido. Así, se mencionan los eventos característicos naturales (incendio, inundación, terremotos, etc.) y los que no se pueden asegurar (huelgas, protestas, amenazas terroristas, etc.). Se requiere al contratista PPP la obligación de contratar seguros que cubran esos riesgos (“riesgo retenido”); sin embargo, en el caso de deficiencia en las coberturas de los seguros contratados, la contratante asumirá las compensaciones por fuerza mayor (riesgo retenido). Durante el evento de fuerza mayor se suspenderá el cumplimiento de las obligaciones afectadas, salvo las obligaciones de pago o que deban ejecutarse como consecuencia de defectos constructivos (70).

---

(68) Art. 9º, inc. b), de la ley 27.328. Asimismo, y conforme lo prevé el art. 31 de dicha ley, a estas contrataciones “no les serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica: a) Las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias; b) El dec. 1023/2001 sus modificatorias y su reglamentación”.

(69) Art. 9º, inc. 7º, de la reglamentación de la ley 27.328, aprobada por dec. 118/2017.

(70) Matriz de Riesgos disponible en <https://pps.vialidad.gob.ar/wp-content/uploads/2018/06/MATRIZ-DE-RIESGOS-ANEXO-A.pdf>.

## VII. El impacto en general en los contratos públicos

La normativa de COVID-19 de momento no ha previsto —como lo hizo, por ejemplo, la LRE— un mecanismo de renegociación o rescisión contractual, lo cual requeriría una regulación específica, tanto para el momento de mayores restricciones de aislamiento, etc., cuanto para los que regirán en las etapas subsiguientes.

Sin perjuicio de ello, podemos mencionar las primeras normativas provinciales al respecto, que junto con la declaración de emergencia por el COVID-19 han regulado la suerte de la contratación pública en ejecución.

Así, por ejemplo, la provincia de Mendoza ha facultado al Poder Ejecutivo y por el plazo de doce meses a renegociar contrataciones, precedido de un acuerdo entre las partes; de no lograrse, permite tanto como reprogramar cláusulas y resolver contratos de suministro, obra, locación de servicios y consultoría, etc., así como reorganizar, optimizar o modificar las condiciones originales de contrataciones vigentes para atender la emergencia (71).

La provincia de Buenos Aires (72) estableció un procedimiento para la renegociación y/o rescisión de contratos de bienes y servicios que generen obligaciones a cargo del Estado provincial (celebrados con anterioridad a la emergencia), en el cual destaca el establecimiento de plazos y etapas para ello, así como el límite de la renegociación en los precios máximos fijados por la autoridad provincial y/o nacional, según corresponda; la exigencia de documentar un impacto de la emergencia superior al 10% en la ecuación contractual; las adecuaciones que puede proponer la autoridad estatal, tanto de los plazos a las condiciones de disponibilidad de fondos públicos, cuanto de las prestaciones y/o montos contratados, cuando ello resultare posible técnicamente y no implicare una modificación mayor al 35%; las renunciaciones exigidas (a reclamar mayores gastos generales directos o indirectos de cualquier naturaleza y otras indemnizaciones), etcétera.

---

(71) Dec. 401/2020, ratificado por ley 9220, BO del 04/04/2020.

(72) Dec. 304/2020, BO del 04/05/2020.



La provincia de Santa Fe invoca la disminución abrupta de la recaudación provincial, previendo la continuación de esa situación; aclara que el COVID-19 y la normativa de COVID-19 afectan con igual fuerza tanto al sector público como al privado; faculta entonces al ministro de Economía a pagar acreencias con títulos de deuda provinciales y a la emisión de cheques de pago diferido (con vencimiento luego del ejercicio financiero) con destino a la atención de negociaciones de contratos públicos (73).

Y, finalmente, mencionaremos el caso de la CABA (74), que ha facultado a la Administración comitente a disponer la revisión de la totalidad de la contratación pública, los procesos en trámite y en curso de ejecución (bienes, servicios, suministros, obra pública, concesiones y permisos); suspender, resolver, revocar, rescin-

dir o modificar (extensión del plazo) las condiciones esenciales de las contrataciones, en virtud de razones de oportunidad, mérito o conveniencia, siempre que ello resulte financiera o económicamente más conveniente para el interés público, previo dictamen de la Procuración General de la Ciudad. Asimismo, se establece el derecho del contratista solo al reconocimiento de los gastos incurridos y probados (no lucro cesante; intereses de capitales requeridos para financiación) y al reembolso de los gastos, lo cual se hará efectivo concluida la vigencia de la Ley de Emergencia y según disponibilidad financiera.

Como vemos, esto es el comienzo de la regulación de los efectos de la pandemia y la normativa policial dictada con su motivo, sobre una gran cantidad de contratos públicos en ejecución, cuya justa recomposición y tratamiento pondrá en evidencia la plena vigencia del Estado de derecho, aun durante y luego de la emergencia por COVID-19.

---

(73) Dec. 415/2020, BO del 12/05/2020.

(74) Ley 6301, BO del 12/05/2020.

# Emergencia en la contratación pública: ideas para la Argentina

Rodolfo C. Barra (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Contratos vigentes.— III. Contratos en situación de normalidad.— IV. Contratos en situación de emergencia.— V. Procedimiento.— VI. Variación de costos.— VII. Solución de conflictos.

## I. Introducción

En los últimos 30 años la Argentina ha sufrido dos importantes crisis económicas: la generada por la hiperinflación de los años 1988 y 1989 y la, fundamentalmente, financiera, que estalló en diciembre de 2001. La superación de ambas se logró gracias al esfuerzo de los argentinos, también ayudados mediante oportunas medidas de emergencia decididas por el legislador.

En el primer caso, especialmente, la recuperación se vio impulsada por una decidida política de reforma del sector público y de su incidencia sobre la sociedad; así, un extraordinario proceso de privatizaciones, de desregulación y de modernización de la Administración Pública permitió que de la asombrosa inflación de aproximadamente el 30% mensual (con la práctica desaparición de la moneda) se llegara, en un plazo inferior a dos años, a una inflación no superior al 2% anual (considerada en dólares) durante más de diez años. En la segunda crisis económica, la recuperación se apoyó en una fuerte política industrialista, ayudada por un importante aumento del valor internacional de nuestros productos exportables.

En los dos casos fue también necesario reestructurar los contratos de obra pública y concesiones de obra y de servicios públicos, los que, por su propia naturaleza económico-financiera, son más que sensibles a estas situaciones de crisis económicas.

La actual crisis (pensando incluso en los daños en la economía que se deberán enfrentar en la pospandemia) tiene características singulares. No se trata solo de la alteración de la estructura de los contratos, sino de, en muchos y significativos casos, la destrucción misma de esos contratos y del aparato productivo que los circunda.

Las obras de infraestructura pública (carreteras, ferrocarriles, oleoductos y gasoductos, sistemas de generación y transporte de la energía eléctrica, puertos y aeropuertos, servicios públicos, comunicaciones, hospitales, escuelas, internet, digitalización en general, etc.) son un poderoso motor de la economía, de la ocupación de mano de obra y, fundamentalmente, un factor de desarrollo y condición del bienestar social. La parábola keynesiana de la zanja en la vía pública que se abre y se rellena cada veinticuatro horas es un buen ejemplo del efecto de la inversión pública en el mercado: para trabajar en la zanja hay que comprar herramientas, que a la vez se fabrican por particulares, que a tal fin entablan otras relaciones jurídico-económicas también privadas, según las reglas del mercado, sin perjuicio de la incidencia sobre el mercado (oferta) que tendrán los salarios de los obreros que, en diversos turnos, trabajan en la inacabable zanja, y de sus compañeros en la fábrica de palas y picos, etc. Este es el gran “contrato so-

---

(\*) Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas. Máster en Derecho Administrativo Profundizado. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Argentina. Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Exjefe de la Corte Suprema. Convencional constituyente nacional en 1994. Exministro de Justicia de la Nación. Expresidente de la Auditoría General de la Nación.

cial” que se celebra y renueva día a día, integrado por la infinita cantidad de contratos que los seres humanos y sus organizaciones establecen permanentemente.

Por aquellas razones, entre otras conexas, es imprescindible, al menos en nuestro país, revivir las obras de infraestructura pública afectadas por la crisis y realizar nuevas infraestructuras, en un programa que, cuanto más osado sea, será más eficiente y eficaz.

A tal fin, en lo relativo a los contratos en vigencia, siguen las siguientes ideas que, solo a título de propuestas para un eventual *brainstorming*, pongo a la consideración de todos ustedes.

## II. Contratos vigentes

El sujeto público comitente determinará qué contratos en vigencia, al día final de la cuarentena, se reanudarán o continuarán con su ejecución, y cuáles otros serán considerados en situación de emergencia.

## III. Contratos en situación de normalidad

Son aquellos cuya continuación puede realizarse recurriendo a las disposiciones vigentes en cada caso, con salvedades:

a. Si hubiese crédito en favor del contratista por gastos improductivos, estos se liquidarán (total o parcialmente, pero siempre en un porcentaje sustancial) a la fecha del acuerdo de reanudación, mientras que la suma no será abonada sino acreditada, con más los intereses que se devenguen, en favor del contratista. Este los aplicará a un futuro nuevo contrato de obra (vinculado o desvinculado con el vigente), otorgándole puntaje (cuyo monto dependerá del monto del crédito y del porcentaje aplicado a la solución) a favor para la correspondiente licitación o, preferentemente, para una adjudicación directa, si el tipo de contratación lo permite. El contratista percibirá su crédito por improductivos por la vieja obra mediante un determinado porcentaje de la certificación por avance en la nueva obra. Si el contrato es de concesión, lo cobrará en plazo, siempre que este sea de trascendencia en la ecuación económico-financiera.

b. El mismo tratamiento se establece para casos de créditos en favor del contratista por certi-

ficados adeudados, readecuaciones de precios, etc., en todos los casos.

## IV. Contratos en situación de emergencia

Son aquellos cuya ejecución no puede continuarse, o cuya continuación renegociada en condiciones normales es inconveniente. Opciones:

a. Rescisión sin culpa, con solo reconocimiento del daño emergente (incluye improductivos), con la solución II.a y b.

b. Novación:

1) Art. 933: se extingue la vieja obligación y nace una nueva.

2) Modificación total o parcial del objeto del contrato.

3) Siempre que pueda haber aprovechamiento eficiente de maquinarias, personal, etc., del contrato anterior.

4) Los créditos pendientes (improductivos, moras) se tratan como en II.a y b, aplicados al nuevo contrato.

Permite continuar obras: por ejemplo, convertir una autopista en ruta común [p. ej., en PPP hoy paralizadas (1)], ciertas obras civiles en viviendas, cárceles u hospitales. O más atrevido: obras viales en obras de pavimentación urbana, obras civiles en obras de distribución de gas, agua, cloacas, la PPP en pavimentación de caminos rurales (con una duradera pero no muy grande incidencia sobre los impuestos municipales de los vecinos frentistas, los contratistas de siembra y cosecha que transitan con maquinaria pesada, los camiones-tanque lecheros o casos similares).

A todos estos acuerdos se puede llegar por contratación directa entre las partes del vie-

(1) Días después de la exposición de estas ideas, se anunció la decisión del gobierno de rescindir los contratos de PPP vigentes (todos para la construcción de autopistas), parcialmente paralizados en su ejecución por dificultades para lograr la financiación, no imputables a los contratistas sino a la situación del país y a la desconfianza de los financistas. Parecería que la rescisión no es, en cualquier caso, la mejor solución posible.

jo contrato, o con un nuevo comitente público, o incluso con nuevos contratistas que forman una UTE con el anterior (novación objetiva y subjetiva).

Un caso especial puede presentarse en los contratos que están sospechados de haber sido celebrados a través de procedimientos ilícitos (cohecho). En ellos podría llegarse a un acuerdo con la contratista (mediando una ley que lo autorice) en el cual se extinga la acción penal y todas sus posibles consecuencias, siempre que el contratista sospechado aporte, en el contrato del caso o en otro en ejecución, o en una nueva contratación (que debería ser directa), una financiación a convenir en cada caso, un porcentaje importante que debería ser a fondo perdido (sin que esto suponga el reconocimiento de conducta ilícita alguna). Todo ello salvo que el contratista prefiera la continuación de la causa penal, donde perseguirá el sobreseimiento o la absolución, según el caso.

#### **V. Procedimiento**

a. La comitente y el contratista elaboran un proyecto de acuerdo.

b. Se crean comisiones *ad hoc* para el tratamiento de los casos, con:

1) Representantes del sujeto público comitente.

2) Representantes de la Auditoría General de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación.

3) Representantes de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas u Oficina Anti-corrupción, y de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia.

4) Representantes de otras agencias del sector público con mayor *expertise* en contratos de infraestructura del mismo tipo en general.

Cada comisión se forma con un miembro de estos grupos en orden sucesivo, de manera de

no repetir la composición mayoritaria de las comisiones.

Debe establecerse un plazo para que la comisión se expida; el silencio será considerado positivo en favor del acuerdo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal del causante de la demora.

#### **VI. Variación de costos**

Frente al muy probable proceso inflacionario por la pandemia y pospandemia y las medidas para enfrentarlas (incluso las aquí mencionadas), debería volverse a un sistema de reconocimiento de variaciones de costos por fórmulas matemáticas, índices o mecanismos con cierto grado de automaticidad. Todo contrato es a valor presente como valor básico.

#### **VII. Solución de conflictos**

En los contratos más complejos y costosos, crear una mesa de seguimiento y solución formado por un representante de cada parte y un tercero (técnicos asistidos por abogados de las partes; el tercero puede solicitar asesoramiento a la PTN). La decisión es de ejecución obligatoria. Puede impugnarse ante:

1) La justicia de primera instancia, siguiendo el proceso judicial ordinario.

2) Tribunal arbitral *ad hoc*.

3) Tribunal administrativo de solución de controversias contractuales, que deberá ser creado y establecido de forma permanente, con dos o tres salas. Sus miembros deben ser designados por el Poder Ejecutivo, con intervención del Ministerio de Justicia, la Procuración del Tesoro y la Cámara Argentina de la Construcción.

El procedimiento deberá ser preferentemente sumario. La decisión, además de la aclaratoria, solo será recurrible ante la Cámara Federal por vicio grave y sustancial de procedimiento o de derecho, previamente calificado por el fiscal. El dictamen negativo del fiscal implica inexistencia de causa en los términos del art. 116, CN.

# COVID-19 y la contratación pública en Uruguay

Silvana Nessar<sup>(\*)</sup>

Graciela Ruocco<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Alteración de la ejecución de los contratos públicos vigentes.— III. Impacto en las nuevas contrataciones.

## I. Introducción

La disminución, el enlentecimiento y —en algunos casos— la paralización de la producción, importación y comercialización de bienes y prestación de servicios que supone el combate a la pandemia por COVID-19 en el mundo ha generado enormes dificultades en la ejecución de contratos de toda naturaleza, en particular los contratos públicos. Ello impone un estudio de los mecanismos contractuales y normativos que permitan proteger a la parte que se ha visto dificultada o impedida de cumplir con sus obligaciones, atendiendo a las particularidades de su régimen jurídico y al fin último que dichos contratos persiguen: la satisfacción del interés público.

La declaración de estado de emergencia nacional sanitaria en Uruguay como consecuencia de la pandemia por COVID-19, dispuesta por dec. 93/2020 del Poder Ejecutivo, de 13/03/2020,

---

(\*) Profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo. Profesora titular del Programa Máster en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. Miembro del *Anuario de Derecho Administrativo*. Miembro de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo.

(\*\*) Profesora titular grado 5 de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Uruguay. Profesora titular grado 5 de Derecho Público de la Universidad de la República. Máster en Derecho, con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos. Miembro de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

ha generado un aluvión normativo de gran importancia.

En algunos países, como España, una gran parte de toda esa normativa ha sido dedicada a la contratación pública.

No ha ocurrido así en Uruguay, razón por la cual el marco normativo aplicable en la materia resulta del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), que recoge el conjunto de normas legales que regulan la contratación pública, sin perjuicio de los pliegos de condiciones generales y particulares, así como los términos de los propios contratos.

En materia de contratación pública, la situación de emergencia sanitaria afecta dos grandes bloques:

— por un lado, la ejecución de los contratos en vigor y los procedimientos de contratación en marcha, y

— por otro, las licitaciones y los contratos que se generen luego de la declaración para atender la situación de emergencia.

Una de las medidas más relevantes incluidas en el real dec. 463/2020 español es la *suspensión de los plazos* de tramitación de todos los procedimientos de las entidades del sector público, lo que no ha ocurrido en Uruguay.

De manera que, respecto del primer bloque que presentamos, será necesario resolver las alteraciones en la ejecución de los contratos públicos vigentes, así como la tramitación de los procedimientos de selección ya iniciados a la

luz del marco normativo vigente y los principios generales y los específicos aplicables en la materia.

Tampoco se han dictado normas específicas para regular las contrataciones que sean imprescindibles durante el estado de emergencia sanitaria, razón por la cual también será aplicable la normativa resultante del TOCAF, que prevé algunos supuestos de excepción al principio general que impone la selección del contratista del Estado mediante procedimientos competitivos, habilitando la contratación directa.

## II. Alteración de la ejecución de los contratos públicos vigentes

En cuanto a los *procedimientos de contratación pendientes*, continuarán tramitándose conforme al marco jurídico emergente del TOCAF, los pliegos generales de condiciones y los pliegos particulares de condiciones vigentes para dichos procedimientos.

No obstante, la Administración podrá, mediante resolución motivada, adoptar las medidas de ordenación e instrucción del procedimiento, siempre que estas sean estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses de los oferentes y estos, además, manifiesten su conformidad.

Del mismo modo, deberá atender los eventuales planteos que realicen los oferentes acerca de una eventual imposibilidad de mantener las ofertas que pudieran haber presentado, en razón de la crisis económica y social que provoca el estado de emergencia; más aún, entendemos que la licitante podría habilitar, con la conformidad de todos los oferentes, modificaciones en las ofertas presentadas, derivadas de las dificultades generadas por la situación de emergencia.

En cuanto a la *ejecución de los contratos ya celebrados*, nos enfrentamos con una primera dificultad consistente en que, salvo escasas excepciones, como es el caso del régimen de contratos de participación público-privada, nuestra normativa vigente en materia de contratación pública es abundante en la regulación de los aspectos procedimentales relativos a la elección del cocontratante del Estado, pero no respecto

a la ejecución del contrato que nace con la adjudicación. Lo mismo sucede con los pliegos de condiciones generales y particulares y los contratos —que generalmente se limitan a replicar las disposiciones de los pliegos— que rigen a cada contratación.

No son habituales las previsiones relativas a la incidencia de factores ajenos a las partes en la normal ejecución de los contratos administrativos.

En función de lo anterior, en los casos en que ni el contrato (si existe contrato escrito) ni el pliego de condiciones particulares aplicable a la contratación de que se trate contemplen situaciones como la que nos ocupa, deberá estarse a la normativa aplicable específicamente a dicha contratación, a la normativa y los principios generales correspondientes a la contratación administrativa y, en defecto de los anteriores, a la normativa y los principios aplicables a la contratación toda.

El objeto de nuestro análisis deberá partir de la consideración de aquellos supuestos que, originados en *causas externas* a la relación contractual, provocan alteraciones que inciden directamente en la ejecución del contrato, sea en el ritmo o el plazo de su cumplimiento, sea en los costos necesarios para ello.

A tal efecto examinaremos la ocurrencia de acontecimientos externos a la relación contractual, originada fuera del ámbito de las potestades de control y dirección del contrato (1).

Alterado el equilibrio económico financiero del contrato, debe ser restablecido. Según enseña Bercaitz, dicha ruptura puede presentarse (2):

(a) por la ocurrencia de hechos o el dictado de actos imputables al Estado, que afecten o repercutan en la ejecución del contrato, en ejercicio legítimo de potestades o prerrogativas diversas

---

(1) BARRA, Rodolfo, “Contrato de obra pública”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1988, t. 3, p. 1171.

(2) BERCAITZ, “Teoría general de los contratos administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, 2ª ed., p. 386.



de su calidad de contratante: *teoría del “hecho del príncipe”*;

(b) por la aparición de trastornos externos a la Administración, de tipo económico, incontroles o imprevistos que incidan en la ejecución del contrato haciéndola más onerosa. Nos movemos dentro del área económica, lo que nos conduce a la *teoría de la imprevisión*;

(c) por el descubrimiento de dificultades de orden material, ajenas a las partes, de carácter anormal, que no fueron previstas al momento de conclusión del contrato y que tornan su ejecución más difícil. Es la denominada *teoría de las sujeciones imprevistas*;

(d) por la ocurrencia de hechos de la naturaleza o del hombre, ajenos a la voluntad de las partes, que dificultan el cumplimiento normal, parcial o total del contrato produciendo una alteración definitiva de las provisiones económicas: *fuerza mayor administrativa (3)*;

(e) por la constatación de hechos de la naturaleza o del hombre, imprevistos y ajenos a la voluntad de las partes, que hagan imposible definitivamente la ejecución del contrato: *fuerza mayor clásica*.

### II.1. Mayor onerosidad en el cumplimiento

La finalidad de satisfacción del interés público de los contratos públicos, así como los principios de conservación de dichos contratos y mantenimiento de su ecuación económico-financiera, podrían abrir la posibilidad a que las mismas partes que celebraron el contrato procedan a modificarlo, procurando superar circunstancias externas, supervinientes e imprevistas que pongan en riesgo su continuidad.

Los citados principios imponen la *renegociación contractual* sin necesidad de previsión normativa o contractual expresa.

De no arribar a dicho acuerdo, quedando obligado el contratista a ejecutar el contrato bajo las condiciones originales, lo que induda-

(3) LEVRERO, Constancio, “Fuerza mayor, *sujétions imprévues, fait du prince*, imprevisión”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, nro. 57, Montevideo, 1959-1961, p. 127.

blemente provocará una alteración en el equilibrio económico financiero del contrato, serán de aplicación las teorías que referimos, siempre que se cumplan los presupuestos para su configuración.

### II.2. Imposibilidad de cumplimiento

También puede presentarse el caso en que la ejecución del contrato resulta irrealizable, es decir, cuando es absolutamente imposible. Es el caso de la fuerza mayor —en su acepción clásica—, donde las circunstancias imprevistas y ajenas a las partes resultan totalmente irresistibles (4).

La imposibilidad significa inviabilidad absoluta y definitiva de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando este pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse.

Aun cuando no se pacte en un contrato, en Uruguay la eximente de responsabilidad por “causa extraña no imputable” (lo que incluye la “fuerza mayor”) es de origen legal y ampara a la parte que la invoque, siempre que se den los supuestos que tradicionalmente se identifican como de fuerza mayor, a saber: que sea un evento *externo, imprevisto e irresistible*, y que genere una imposibilidad de cumplimiento para la parte afectada.

La pandemia, ya reconocida por la Organización Mundial de la Salud, justifica su naturaleza imprevista e inevitable como factor que previene el cumplimiento. Ella puede afectar a las obligaciones de ambas partes o de una sola, en forma permanente o transitoria, y también puede darse en forma total o parcial respecto a las prestaciones del contrato.

En tal caso, las partes podrán acordar la suspensión de la ejecución hasta el cese de la situación de emergencia. Los daños y perjuicios deberán ser indemnizados previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista.

(4) BENOÎT, Francis, “Le droit administratif français”, Ed. Dalloz, París, 1968, ps. 617-618.

### II.3. Algunos casos concretos

En lo que se refiere a procedimientos en trámite, en los que aún no se celebraron los contratos respectivos, podemos señalar como ejemplo el procedimiento para la contratación de una Encuesta de Opinión iniciado por el Ministerio de Desarrollo Social antes de la emergencia sanitaria. En el caso, la adjudicación dispuesta el pasado 19 de mayo se dejó sin efecto por razones de oportunidad del gasto, postergándose su realización, con acuerdo de la adjudicataria.

En lo que se refiere a la ejecución de contratos ya celebrados con anterioridad a la emergencia sanitaria, podríamos pensar en el caso de las obras necesarias para la circulación del Ferrocarril Central para UPM, que une las ciudades de Paso de los Toros y Montevideo a través de 273 kilómetros de vía férrea, contratada por el Estado con el Grupo Vía Central (GVC), mediante participación público-privada. La importación de rieles para la construcción de la vía férrea podría verse afectada por las trabas comerciales existentes en el mundo entero, así como el comienzo de las obras. Este contrato prevé expresamente la ocurrencia de causas de fuerza mayor.

La interrupción de las operaciones de producción y de las cadenas de suministro de bienes como consecuencia de la pandemia, así como el envío de personal a seguro de desempleo o incluso de enfermedad, seguramente afectarán la ejecución de los contratos de suministro de bienes de producción nacional.

Analizaremos en particular la afectación de los contratos de *concesión de servicio público de transporte de pasajeros* vigentes a nivel nacional y departamental en nuestro país.

Con motivo de la declaración de emergencia comenzó a implementarse una reducción en las frecuencias de transporte público de pasajeros en un 40%.

Asimismo, desde el 16 de marzo comenzó a implementarse un protocolo para prevenir la expansión del coronavirus en las empresas de transporte de pasajeros.

El protocolo establece una serie de acciones a implementar en las unidades de transporte, vinculadas a la desinfección y limpieza de aquellas y de las terminales, luego de cada viaje, así como el uso de alcohol en gel y de dos papeleras en cada unidad. También se aplican medidas especiales en los baños y espacios comunes de las terminales. Asimismo, se suministran tapabocas a los usuarios y trabajadores del servicio, cuyo uso es obligatorio.

Todas estas medidas han contribuido a hacer más onerosa la ejecución de los contratos, ya que, por un lado, menguan los ingresos de los concesionarios por la disminución de la frecuencia y la sensible reducción de pasajeros, que son exhortados a mantenerse en sus casas; y, por otro lado, generan mayores costos para hacer frente a todas las exigencias sanitarias.

La mayor onerosidad sobrevenida ha de conllevar un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los daños sufridos por el concesionario.

El otro caso que analizaremos es el de UPM, empresa finlandesa que contrata con el Estado uruguayo la instalación de una segunda planta de celulosa, en la zona de Paso de los Toros: "Contrato ROU UPM", de fecha 07/11/2017.

El contrato prevé en sus arts. 7.1 a 7.5 la posibilidad de que "causas extrañas no imputables" impidan a cualquiera de las partes el cumplimiento de "una, alguna o todas sus obligaciones"; en el art. 7.2 se incluye expresamente la *epidemia* como causa extraña; el mismo contrato, en su art. 7.4, literal (b), contempla la posibilidad de la suspensión del cumplimiento de esas obligaciones al menos hasta la terminación del evento o causa extraña no imputable que hiciera imposible el cumplimiento, sin perjuicio de contemplar también la posibilidad de renegociar todo o parte del contrato e incluso su eventual finalización. El gobierno uruguayo encaró con éxito la renegociación de algunas obligaciones de las partes que no habían sido definitivamente acordadas, especialmente en materia de inversiones.

Finalmente, el último caso que analizaremos es el de la suspensión de espectáculos públicos, dispuesta por el art. 3º del dec. 93/2020,

lo que determinó la reprogramación o incluso cancelación de espectáculos previamente contratados, como, por ejemplo, el caso de Antel Arena. Dada la imposibilidad de realización de los espectáculos, el Estado debió hacerse cargo de los daños y perjuicios causados a los artistas por las cancelaciones, así como de los eventuales gastos que pudieran provocar las reprogramaciones.

### III. Impacto en las nuevas contrataciones

Entiendo importante destacar, en primer lugar, que estas iniciativas que ponen en común las realidades de nuestros países con relación a esta pandemia revelan esa visión desde y para el individuo, persona humana, como centro del derecho, y en especial del derecho administrativo.

Es que, como señala Durán Martínez, el sustrato cultural de nuestras Constituciones se remonta a Aristóteles, pasando por Santo Tomás de Aquino, sin olvidar a Francisco Suárez, “... cuyo pensamiento campeaba en la Universidad de Córdoba por su origen jesuítico” (5).

Y por ello es que, al analizar aspectos que se relacionan con la contratación pública en estos duros momentos, estamos, sin hesitación alguna, atendiendo a la realidad de los individuos que integran una comunidad y que desde alguna perspectiva se encuentran afectados por esta crisis sanitaria.

Al poner en común “el caso de Uruguay” debe destacarse la normativa que el Estado ha aprobado recientemente para hacer frente a esta situación en materia de contratación pública.

Indudablemente, la contratación administrativa se ha visto afectada en lo que se refiere tanto a la celebración de nuevos contratos como a la ejecución de los ya existentes.

Abordaremos en este punto cómo esta declaración de emergencia ha impactado en lo que se refiere a la concreción de nuevos contratos administrativos.

(5) DURÁN MARTÍNEZ, A., “Estudios de derecho público”, Montevideo, 2004, vol. I, p. 49.

#### III.1. Contratación directa

El TOCAF, cuerpo normativo que regula todo lo relativo a la contabilidad y administración financiera del Estado, así como los procesos de pagos y gastos hasta la etapa final de rendición de cuentas, prevé en el art. 33 que todas las contrataciones del Estado se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto.

Enumera seguidamente otras formas de contratación, entre las que figura la contratación directa.

Ahora bien, precisa que aquella ocurrirá cuando el monto de la contratación no exceda de un monto máximo que fija periódicamente el Instituto Nacional de Estadística y Censos, pero señala, además, que podrá acudirse a dicho procedimiento cuando, por razones de buena administración, así lo determine el ordenador.

Esas razones de buena administración son tan numerosas que, si se identificaran con letras, no nos alcanzaría el abecedario para identificarlas.

Pues bien, precisamente estamos ante esas situaciones de “excepción” que habilitan poner en marcha mecanismos que también son de “excepción”.

Y, entre esa normativa de excepción, podemos mencionar el decreto del Poder Ejecutivo de fecha 08/04/2020, que dispuso en su art. 1º:

“En situaciones de emergencia sanitaria declarada por el Poder Ejecutivo, el Ministerio de Desarrollo Social y el Ministerio de Salud Pública podrán importar reactivos para diagnósticos, equipos médicos, y/o dispositivos terapéuticos, una vez que los mismos hayan sido aprobados por la oficina técnica competente del Ministerio de Salud Pública. A tales efectos se otorgará un número de registro con la finalidad de autorizar su ingreso al país. En tal circunstancia, la importación estará exonerada de todo tributo”.

Esas importaciones —que se declaran, además, exentas de toda tributación— suponen la celebración de contratos directos con laboratorios que venden esos insumos, lo que de alguna manera está afectando a empresas nacionales que en tiempos de normalidad habrían con-

currido en procedimientos de carácter competitivo para vender sus productos; es una clara victoria del interés general frente al particular.

Los numerales 7º, 9º y 19 del citado art. 33 constituyen el soporte jurídico del referido decreto.

En efecto, los numerales citados habilitan acceder a la contratación directa cuando los contratos deban necesariamente celebrarse con quienes fabriquen en forma exclusiva el producto requerido o cuando probadas razones de urgencia así lo justifiquen.

En la emergencia, muchos de los bienes cuya importación se autoriza por el decreto en estudio son fabricados o industrializados exclusivamente en el extranjero o, en algunos casos, ante la inminencia de una demanda que no puede ser satisfecha en el mercado interno, debe habilitarse esta vía excepcional.

Asimismo, el Ministerio de Salud Pública aprobó con fecha 01 de abril una resolución que, en el marco de esta emergencia sanitaria, permite comercializar, fabricar e importar ciertos productos, que detalla en su numeral 2º y que se relacionan con el COVID-19 —entre otros, reactivos para la detección del COVID-19—, sin la presentación de la documentación legalizada y apostillada, conforme exige la normativa vigente, de manera que pueda procederse a su registro provisorio.

A su vez, y para completar este panorama normativo, el Ministerio de Economía y Finanzas autorizó el ingreso de todos esos productos con un régimen aduanero de envío de “ventanilla rápida”, utilizado en casos de asistencia y salvamento.

Se exonera incluso a los proveedores de constituir garantía.

Como puede advertirse, en estas resoluciones se aplican principios que regulan la contratación administrativa, como, por ejemplo, el de ausencia de ritualismo.

En efecto, señala Delpiazzo que este principio “nos lleva a la negación de la forma por la forma misma, a superar la creencia de que aprobando normas formales se solucionan los

problemas, y a renunciar a un sacramentalismo formal en el que por lo que refiere a la contratación muchas veces la Administración resulta perjudicada...” (6).

Naturalmente, el referido principio es de aplicación en todo tiempo de contratación y no solo en estos de “emergencia”; empero, no puede dejar de destacarse que para atender esta situación sanitaria de excepción debe prescindirse de ciertos ritualismos y formas que no afectan la legalidad del obrar administrativo, sino que pretenden que se pueda actuar con la eficiencia debida.

Sin embargo, otros principios y quizás alguno de los fundamentales en materia de contratación se han visto resentidos con esta normativa citada.

En ese sentido, podemos citar como ejemplo el principio de concurrencia, consagrado en el literal B) del art. 149 del TOCAF.

Este principio tiene como finalidad la de obtener la mayor cantidad de oferentes posibles, de manera que la Administración cuente con más cantidad de ofertas y así optimice sus posibilidades de elección (7).

Frente a esta actual realidad se debió privilegiar la urgencia y, por ello, atendiendo a razones de “buena administración”, se resignó la aplicación de dicho principio, optando por adquirir insumos sanitarios y medicamentos en el mercado internacional, el que dispone del material adecuado desde el punto de vista tecnológico para el tratamiento de esta pandemia.

Asimismo, resulta interesante citar como normativa de eventual aplicación para esta emergencia un proyecto de ley que recientemente el Poder Ejecutivo ha remitido al Parlamento.

Ese proyecto, que tiene la particularidad de haber sido enviado bajo la modalidad de “urgente consideración”, en el capítulo que se refiere a la contratación administrativa, incluye

---

(6) DELPIAZZO, Carlos, “Manual de contratación administrativa”, Ed. IEMM, 1991, t. I, p. 34.

(7) Cfr. DELPIAZZO, Carlos, “Manual de contratación administrativa”, ob. cit., p. 35.

algunos artículos que eventualmente —como señalamos *supra*— podrían ser aplicados ante esta realidad.

En ese sentido, el art. 268 del proyecto agrega un numeral al multicitado art. 33 del TOCAF, autorizando la compra directa de bienes y servicios con asociaciones u organizaciones civiles, en el marco de planes definidos mediante acuerdos específicos cuyos objetivos se relacionen con la ejecución de políticas públicas.

En esa dirección, el gobierno ha dejado claramente establecido que es prioridad la atención sanitaria de la población, de manera que se disponga de todo el material necesario para su adecuada atención.

De manera que, de ser necesario, y en ejecución de la actual política pública en materia sanitaria, podrían también concretarse adquisiciones bajo la modalidad de compra directa con estas asociaciones u organizaciones.

Resulta interesante, asimismo, destacar cómo a consecuencia de esta pandemia se ha desarrollado el uso de nuevas tecnologías, y en ese sentido recientemente se ha acordado con Google y Apple un sistema de rastreo de contagios de COVID-19 mediante una aplicación que en breve estará operativa en nuestro país.

Este sistema permitirá que el usuario reciba una notificación cuando haya estado cerca de una persona que dio positivo al test de coronavirus.

Esta nueva herramienta de combate solo pudo obtenerse mediante la contratación con los citados proveedores.

### *III.2. Transparencia y control*

Ahora bien, esta situación que enfrentamos —como dijimos— es de emergencia, pero, además, es de “excepción”, expresión que conforme al *Diccionario* de la Real Academia Española significa “...algo que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez”.

Y, por tanto, el derecho administrativo, que estuvo atento para dictar normas de excepción,

también lo debe estar para reinstalar la normalidad normativa en materia de contratación, de manera que esta vuelva a encauzarse.

En ese sentido, consideramos de gran acierto que el numeral 3º de la resolución del Ministerio de Salud Pública arriba citada establezca que el registro de medicamentos en las señaladas condiciones caducará a los seis meses de su emisión o cuando el Poder Ejecutivo declare el cese de la situación de emergencia.

Como podrá apreciarse, la resolución utiliza la expresión “caducará”, lo que implica que el titular del medicamento registrado bajo este régimen de excepción pierde el derecho a mantener su registro cuando sobrevienen algunas de las dos hipótesis previstas en la norma, sin necesidad de dictar un acto administrativo expreso en ese sentido.

Deberá pues el proveedor adecuar el registro del medicamento o insumo a las condiciones exigidas en la normativa, so pena de perder dicha registración de no cumplir en plazo con las exigencias requeridas.

Y es que, efectivamente, finalizada la situación excepcional que habilitó la puesta en marcha de procedimientos también excepcionales, debe volverse a la “normalidad” en el régimen jurídico aplicable en materia de contratación administrativa, y por ello aplaudimos dicha revisión.

Aparece así el control del obrar administrativo como un factor de especial importancia a considerar en este escenario de emergencia, control que nuestro ordenamiento jurídico asignó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y al Tribunal de Cuentas, entre otros.

Pero, naturalmente, nada impide que la Administración disponga de “autocontroles” que hagan innecesaria una intervención posterior de los órganos de contralor, como así lo previó en la resolución citada.

Hemos visto cómo el Poder Ejecutivo, por razones de buena administración [buena administración que, al erigirse como un derecho del ciudadano, ayuda a hacerla efectiva, como se-



ñała Meilán Gil **(8)**], dictó una normativa que se aparta del principio general en materia de contratación administrativa, y nada objetable vemos en dicho obrar.

Ahora bien, como enseñaba Mariano Brito, “la conducta estatal, que para la decisión halla en sí conductas posibles, solo puede resolverse escogiendo aquella que apunte directa e inmediatamente, y más perfectamente, al interés público” **(9)**.

Y, en ese sentido, el interés público —en lo que a contratación administrativa se refiere— se compadece con aquellos procedimientos de naturaleza competitiva que, al contar con un mayor número de oferentes, permiten que el Estado realice una mejor selección.

Con relación al control, resulta, asimismo, interesante destacar que el proyecto de ley de urgente consideración a que nos referimos *supra* prevé la creación de la denominada “Agencia de Monitoreo y Evaluación de Políticas Públicas”, bajo la órbita de la Presidencia de la República, a quien se asigna el cometido de realizar el monitoreo y evaluación de políticas públicas que fije el Poder Ejecutivo, como forma de maximizar la eficiencia administrativa.

Se precisa, además, que aquella actuará con autonomía funcional e independencia técnica, lo que le permitirá emitir opiniones, eminentemente técnicas, con un margen de discrecionalidad en cuanto al fondo, que no compromete la esencia del sistema centralizado en el que se inserta **(10)**.

(8) MEILÁN GIL, J. L., citado por DURÁN MARTÍNEZ, A., “Contencioso administrativo”, 2015, 2ª ed., p. 294.

(9) BRITO, Mariano, “Derecho administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva”, Ed. Universidad de Montevideo, 2004, p. 438.

(10) Cfr. MÉNDEZ, A., “Sistemas orgánicos”, 1973, t. I: “Centralización”, ps. 81 y ss.

Dicha Agencia, en caso de ser creada finalmente, podrá y deberá monitorear el ejercicio de esos poderes jurídicos que en forma excepcional se han otorgado a algunos órganos estatales a fin de constatar si ellos se compadecen con la realidad, esto es, si se justifica su ejercicio, de mantenerse la situación de emergencia, o si deben cesar por haber ya mutado el escenario fáctico.

El Estado de derecho, como señalaba Barbé Pérez, supone la existencia de normas claras y un control —sobre todo— judicial; destacaba que no debe verse trabado por dificultades de derecho o de hecho que impidan constatar “...si ha sido adecuada la aplicación de la norma por la Administración en el acto que se controla” **(11)**.

El gobierno actual, con relación a esta pandemia, ha actuado de una manera rápida y eficiente, logrando una buena contención.

No puede dejar de destacarse la transparencia con que se ha actuado, informando en forma periódica sobre la situación de la pandemia.

Dicho informe incluye las compras que se realizan de los insumos necesarios, las que, además, se publican en la página de la Unidad de Adquisiciones, así como el número de test efectuados diariamente, de nuevos casos positivos, de fallecidos, de personas contagiadas y de recuperadas.

A modo de conclusión, podemos afirmar con Mariano Brito que la Administración, con relación a esta emergencia sanitaria, ha ejercido poderes jurídicos para seleccionar medios que se adecuen al fin que persigue, emitiendo actos útiles para tal fin, que es el de preservar la salud de la población **(12)**.

(11) BARBÉ PÉREZ, H., “Adecuación de la Administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de derecho”, RDJA 1-65.

(12) Cfr. BRITO, Mariano, “Derecho administrativo...”, ob. cit., ps. 434 y ss.



# La contratación pública en tiempos de crisis sanitaria global

## Relaciones entre la Administración y el particular

Enrique Díaz Bravo (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Contratación pública y buen gobierno.— III. Pandemia y contratación pública en Chile.— IV. Consideraciones finales.

### I. Introducción

Durante el mes de abril pasado, el Fondo Monetario Internacional (FMI) dio a conocer el “Informe de perspectivas de la economía mundial” (1), *WEO Report*, a través del cual se abordaba la crisis provocada por la pandemia de COVID-19. En dicho reporte se hacía una proyección catastrófica de las consecuencias macro y microeconómicas que aquella supondría para todo el planeta, declarando que la economía mundial sufriría de “...una brusca contracción de -3% en 2020, mucho peor que la registrada durante la crisis financiera de 2008/2009”. No obstante, la proyección permitía suponer, en el mes de abril, que la pandemia sería superada en el segundo semestre del presente año 2020, proyectando un crecimiento de un 5,8% para la economía global.

(\*) Profesor de Derecho Administrativo y Contratación Pública, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Castilla - La Mancha. Abogado, asociado en Mackenna y Cruzat, Chile.

(1) FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Informe de perspectivas de la economía mundial”, abril/2020, <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#Introducción>.

(PBI real, variación porcentual anual, y proyección)	2019	2020	2021
<b>Producto mundial</b>	2,9	-3,0	5,8
<b>Economías avanzadas</b>	1,7	-6,1	4,5
Estados Unidos	2,3	-5,9	4,7
Zona del euro	1,2	-7,5	4,7
Alemania	0,6	-7,0	5,2
Francia	1,3	-7,2	4,5
Italia	0,3	-9,1	4,8
España	2,0	-8,0	4,3
Japón	0,7	-5,2	3,0
Reino Unido	1,4	-6,5	4,0
Canadá	1,6	-6,2	4,2
Otras Economías avanzadas	1,7	-4,6	4,5
<b>Economías de mercados emergentes y en desarrollo</b>	3,7	-1,0	6,6(2)

Ahora bien, solo dos meses más tarde, el propio FMI tuvo que ajustar sus proyecciones económicas, ya que los avances de la pandemia no se ajustaron a las anteriores “benignas” apuestas del Fondo Monetario. En el “Informe de perspectivas de la economía mundial de junio

(2) Fuente: FMI, véase nota al pie anterior.

de 2020” (3), el FMI tuvo que recortar sus pronósticos por el avance de la pandemia y el fracaso de las políticas aplicadas para hacer frente al COVID-19, reconociendo que las secuelas económicas serán mucho más graves de lo previsto, frente a lo cual experimentaremos una profunda desaceleración.

(PBI real, variación porcentual anual, y proyección)	2019	2020	2021
<b>Producto mundial</b>	2,9	-4,9	5,4
<b>Economías avanzadas</b>	1,7	-8,0	4,8
Estados Unidos	2,3	-8,0	4,5
Zona del euro	1,3	-10,2	6,0
Alemania	0,6	-7,8	5,4
Francia	1,5	-12,5	7,3
Italia	0,3	-12,8	6,3
España	2,0	-12,8	6,3
Japón	0,7	-5,8	2,4
Reino Unido	1,4	-10,5	6,3
Canadá	1,7	-8,4	4,9
Otras Economías avanzadas	1,7	-4,8	4,2
<b>Economías de mercados emergentes y en desarrollo</b>	3,7	-3,0	5,9(4)

Esta es una desoladora proyección de nuestras economías, sumada, además, al principal drama que compartimos globalmente de más de medio millón de muertos y cerca de 10 millones de personas infectadas, según los datos proporcionados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) (5).

Es decir, nos enfrentamos actualmente a una de las más dramáticas catástrofes recientes de la humanidad, que se expresa en dos pandemias, una de salud pública y otra económica, causando esta última que graves males que se manifestarán en desempleo y pobreza, afectando a los grupos más vulnerables de la sociedad.

(3) FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Informe de perspectivas de la economía mundial”, junio/2020, <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOupdateJune2020>.

(4) Fuente: FMI, véase nota al pie anterior.

(5) Véase <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>.

Para enfrentarnos a estos dos males, cabe señalar que el primero tiene una vía ligada al desarrollo de medios preventivos y paliativos por los científicos del área de las ciencias de la salud; mientras que el segundo tiene, en palabras del profesor José A. Moreno Molina, una vía de escape para la recuperación, que es la contratación pública, por medio de la acción de los Estados para reactivar las economías, todo ello dentro de los principios del buen gobierno y la ética pública.

## II. Contratación pública y buen gobierno

La contratación pública es, en nuestros días, una de las actividades más importantes de los Estados y de los gobiernos, debido al impacto que esta disciplina representa en la economía local, regional y global, alcanzando en los países miembros de la OCDE cerca de un 12% del producto interno bruto (PIB), abarcando un rango desde el 4,9% del PIB en México hasta el 19,5% del PIB en los Países Bajos (6).

Dichos números permiten visualizar el rol gravitante que jugará la contratación pública para afrontar la crisis económica y humanitaria que ha provocado el COVID-19 en el mundo entero, especialmente cuando la crisis ha desvelado variados fenómenos sociales, políticos y jurídicos, particularmente los de la corrupción y desviación de poder en la actuación de la Administración Pública.

Tradicionalmente nos enfrentábamos a definiciones del derecho administrativo que concentraban el estudio de los poderes de la Administración como centro de toda actuación de lo público, dotada de una serie de potestades de ejecución unilateral, considerando a la persona como un súbdito a administrar.

La contratación pública ha venido a superar dicho orden de cosas de la tradicional mirada del derecho administrativo y sus mecanismos de aprovisionamiento, la contratación administrativa, reequilibrando la posición entre la Administración y el particular, mirándolo como un colaborador de su gestión, la que ha adquirido

(6) Véase: OECD, “Government at a glance 2019”, Ed. OECD Publishing, París, 2019, p. 134, <https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/8ccf5c38-en>.

una nueva relevancia al contribuir a alcanzar nuevos objetivos estratégicos para el Estado, en un modelo de Estado democrático de derecho.

Desde dicha importancia estratégica y económica es que se ha desarrollado una importante doctrina y jurisprudencia que ha venido a explicar el fenómeno de la disciplina desde diversas ópticas y conceptos que colaboran en la multidimensionalidad de la contratación pública (7).

Así es como el concepto de buen gobierno es parte del núcleo esencial de la Administración del Estado en el ámbito de la contratación pública. El *Diccionario del Español Jurídico* define al buen gobierno como aquella:

“Acomodación de la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas y organismos de ellas dependientes, así’ como otros organismos públicos en lo que concierne a sus actividades administrativas, a los principios de transparencia, dedicación al servicio público, imparcialidad, igualdad y corrección en el trato a los ciudadanos, responsabilidad, reserva, así’ como el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas”.

El concepto examinado nos permite comprender que la actividad del gobierno debe encontrarse en orden a dar satisfacción a los derechos y libertades de los habitantes de un territorio, teniendo en cuenta en su actuar el respeto de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, especialmente de aquellos que han concurrido a contratar con la Administración, para no alterar el equilibrio económico o financiero de una contratación; cuando ello ocurra, fundado en razones debidamente motivadas, debe la Administración reparar íntegra y oportunamente al contratista, que no debe resistir los efectos imprevistos en su patrimonio, especialmente cuando ellos sean propiciados por la propia Administración.

En estos tiempos de pandemia y crisis económica se vislumbra una importante actividad de la Administración destinada a poner término

(7) En dicho sentido, véase: MORENO MOLINA, José A. — CANCINO GÓMEZ, Rodolfo, “La contratación pública internacional. Unión Europea. México”, Ed. Cartridge Books Oxford, Oxford, 2018, 1ª ed.

anticipado a contratos públicos o a cambiar las condiciones pactadas, bajo el argumento del interés público. En dicho contexto es que se analizarán algunas respuestas en el ordenamiento jurídico chileno, a fin de promover el incipiente debate al respecto.

### III. Pandemia y contratación pública en Chile

En el marco de la pandemia, se han producido una serie de pronunciamientos administrativos de gran relevancia en torno al modelo de contratación pública (o administrativa...); en esta oportunidad se hará referencia a los eximentes de responsabilidad contractual caso fortuito y/o fuerza mayor, y el tratamiento que se ha dado por el órgano a cargo de interpretar las normas administrativas en forma obligatoria para la Administración, como es la Contraloría General de la República.

#### III.1. Contraloría General de la República. Casos de referencia

Durante la pandemia de COVID-19, a la Contraloría General de la República (CGR) le ha correspondido una gran actividad, producto de su rol en el ordenamiento constitucional chileno, en virtud de lo dispuesto en el art. 98 de la Constitución, que le confiere la potestad de controlar la legalidad de los actos de la Administración y la correcta utilización de los fondos públicos (8).

Desde el 17 de marzo hasta el 19 de junio, ambos del año en curso, la CGR ha dictado 73 dictámenes u oficios, a través de los cuales se ha debido pronunciar sobre la actuación de la Administración del Estado en materias relativas a la pandemia. A continuación, examinaremos dos importantes pronunciamientos respecto del cumplimiento de contratos públicos, que guardan relación con los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, como eximentes de:

III.1.a. La pandemia como eximente de responsabilidad. Dictamen de caso fortuito

Mediante el dictamen 3610, de 17/03/2020, la CGR dio respuesta a diversos requerimientos

(8) Sobre el rol de la Contraloría General y la contratación pública, véase DÍAZ BRAVO, Enrique, “La Contraloría General de la República de Chile, como foro de tutela de la contratación pública”, en GIMENO FELIU, José María (ed.), *Observatorio de los contratos públicos 2016*, Ed. Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

relacionados con la incidencia de la emergencia sanitaria producto del coronavirus y el funcionamiento de la Administración Pública.

La CGR realiza un análisis a partir de la declaración de alerta sanitaria efectuada por el Ministerio de Salud por medio del dec. supremo 4/2020, y la propia declaración de pandemia por parte de la OMS con fecha 11 de marzo del año en curso. En dicho contexto, la CGR asume la existencia de caso fortuito producto del brote del COVID-19, esto atendiendo a que el art. 45 del Cód. Civil (9), como *norma de derecho común y de carácter supletorio*:

“...[P]ermite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones y plazos, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico”.

El dictamen en comentario hace especial referencia a las potestades del jefe superior de un órgano de la Administración para adoptar una serie de medidas de dirección, administración y organización del servicio público que dirige, a efectos de proteger a los funcionarios y asegurar la prestación del servicio público en forma continua y permanente.

En el mismo contexto del dictamen anterior, con fecha 25/03/2020, mediante el dictamen 6854, la CGR debió pronunciarse respecto de una serie de consultas sobre la procedencia de pagos en contratos celebrados por órganos públicos que no han podido ser prestados como producto del cierre de las oficinas públicas, lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas, en servicios tales como aseo, guardias de seguridad, entre otros.

III.1.b. La pandemia como eximente de responsabilidad. Dictamen de fuerza mayor

A su vez, se destaca la solicitud del director del Instituto de Previsión Social, quien solicita un pronunciamiento sobre la pertinencia del pago de servicios que se han visto impedidos de

---

(9) Art. 45, Cód. Civil: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

prestar “...por el cierre temporal de algunos Centros de Atención Previsional...”; a juicio del mencionado director, “...el pago resulta procedente considerando que la imposibilidad de prestar los servicios configura una situación de fuerza mayor, correspondiendo eximir excepcional y temporalmente al proveedor del cumplimiento de sus obligaciones contractuales”.

Esta última cita debe ser destacada, atento a que se recurre a la calificación de fuerza mayor y no de caso fortuito, tal como había establecido la propia CGR en su dictamen 3610, de 17/03/2020.

Acto seguido, la CGR recurre en su análisis al mencionado dictamen 3610, por medio del cual estableció:

“...[A]nte una pandemia como la que afecta al territorio nacional y que constituye una situación de caso fortuito, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas extraordinarias de gestión a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población”.

En dicho contexto, la CGR declara respecto de la situación de cumplimiento de los contratos:

“...[L]os jefes superiores de los órganos que integran la Administración del Estado se encuentran facultados para revisar las condiciones de prestación de servicios permanentes contratados al amparo de la ley 19.886, incluyendo, entre otras, cambios en la modalidad en que se prestan los servicios, modificación de los horarios en que deben ejecutarse las labores y suspensión o reducción de la frecuencia en que el personal debe concurrir a las respectivas dependencias a realizarlas”.

A partir de dicho análisis, la Contraloría General resuelve declarar procedentes los pagos aun cuando no se cumplan los servicios pactados, siempre:

“... [C]onsiderando que la imposibilidad de dar cumplimiento a los contratos en los términos convenidos se deriva de una situación de

caso fortuito o fuerza mayor, esto es, de la decisión de la autoridad de cerrar temporalmente las dependencias institucionales debido a la crisis sanitaria que ha conducido a la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe, siendo, por ende, un hecho irresistible y ajeno a la voluntad del proveedor”.

A la luz de los dos dictámenes en comentario, la Contraloría General hace uso, como términos sinónimos, del caso fortuito y de la fuerza mayor; no obstante, la utilización del caso fortuito se encuentra más bien ligada al presupuesto de su primer dictamen, es decir, de la propia pandemia por coronavirus, mientras que el uso de la expresión “fuerza mayor” aparece ligado a la decisión de la autoridad que ha imposibilitado la prestación de los servicios pactados en un contrato público.

Esta es una materia que será, indudablemente, de larga discusión en los Tribunales de Justicia chilenos; en lo específico: si es que existe, o no, diferencia entre dichos conceptos como eximentes de responsabilidad, especialmente en lo referido a las obligaciones del Estado sobre el pago a los particulares de los montos pactados en contratos legalmente celebrados y en plena ejecución, cuando por disposición de la autoridad no han podido ser cumplidos.

En los pronunciamientos de la CGR podemos apreciar cómo reaparece aquello que el profesor Meilán Gil llamaba la “concepción de la Administración que opera en el contrato desde la fuerza ejecutiva del acto unilateral” (10), ello ratificado por el dictamen 6854, cuando —no obstante su apertura inicial a la necesidad de que la Administración cumpla con sus obligaciones, especialmente cuando la imposibilidad ha sido decretada por ella misma— termina advirtiendo:

“Lo expresado es sin perjuicio de la facultad de los jefes de servicio de evaluar poner término anticipado a los contratos fundados en el interés público, en los términos previstos en la legisla-

ción, las bases o contratos respectivos, si las circunstancias de hecho lo hacen necesario”.

Es por ello que se hace necesaria la discusión dogmática y judicial sobre los alcances en materia de contratación pública de las causales de incumplimiento de contratos públicos en el marco de la pandemia, ya sea por imposibilidad directa del coronavirus, o bien por imposibilidad de cumplir por disposición de la autoridad, ya que los efectos en uno u otro caso son diversos.

En dicho sentido, como ha sostenido López Mesa, sobre el caso fortuito y la fuerza mayor pesan diferencias: “...ontológica o conceptualmente, ambas terminologías no solo no son idénticas, sino que tienen importantes diferencias entre sí, ya que caso fortuito es lo que no ha podido preverse y fuerza mayor, lo que no ha podido evitarse, aun previéndose su acontecimiento y aun su inminencia” (11).

Estas diferencias son claves a la hora de determinar las fórmulas de restablecimiento del equilibrio económico y las consecuencias que la decisión de modificación de las condiciones pactadas en el contrato o incluso la terminación anticipada traen aparejadas. En este orden de cosas se ha pronunciado el profesor Brewer Carías, en línea de argumentación que comparto:

“...[P]uede decirse que, en materia de contratos públicos, como en todos los contratos, en principio, las partes contratantes pueden invocar el hecho del príncipe como un evento de fuerza mayor para excusar el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, cuando la Administración contratante es la que alega la defensa, como cuestión de principio, tal alegato en ningún caso puede servir como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración contratante, cuando el acto estatal ha sido adoptado por una entidad del mismo nivel territorial de Poder Público (*pouvoir publics, collectivités territoriales*)

(10) MEILÁN GIL, José L., “Prólogo”, en PERNAS GARCÍA, Juan J. (ed.), *Contratación pública estratégica*, Ed. Thomson Reuters — Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 23.

(11) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial”, LA LEY del 29/04/2015; LA LEY 2015-B.



(nacional, estatal o municipal) al cual pertenece la Administración contratante” (12).

#### IV. Consideraciones finales

La gravísima situación económica nos enfrenta al grave dilema de actuar con celeridad teniendo la mirada puesta en las personas, en la concepción de la Administración como un ente que tiene a su cargo recursos públicos para satisfacer necesidades públicas, con una misión esencial, que es la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos (13), de modo tal que la contratación pública es una herramienta al servicio de las políticas públicas para alcanzar una serie de objetivos estratégicos para la sociedad.

Dicha mirada es la que permite materializar el cambio de rol entre el contrato administrativo y el contrato público, desde la visión decimonónica de la Administración como centro de toda actividad, hacia una visión colaborativa entre aquella y el particular, considerando a este último como sujeto dotado de derechos y herramientas útiles, efectivas, rápidas y eficaces para proteger sus intereses legítimos.

En el mismo sentido, se requiere mejorar y potenciar los controles a la Administración Pública en materia de contratación, porque la pandemia ha demostrado que los controles existentes, en la mayor parte de los países que se hacen llamar democráticos, son débiles y muchas veces inútiles para poner límite a los actos ilegales e incluso delictuales de los que hemos tomado conocimiento en la contingencia sanitaria.

Así las cosas, la contratación pública es uno de los sectores más expuestos a la corrupción, tanto por la cantidad de recursos económicos implicados como por la opacidad de los procedimientos y la ausencia de recursos procedi-

(12) BREWER CARÍAS, Allan, “Sobre el principio del hecho del príncipe, como principio general del derecho administrativo aplicable a los contratos públicos, para garantizar los derechos de los cocontratantes de la Administración”, en ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, *Obra homenaje al profesor Eugenio Hernández Bretón*, Ed. Baker & McKenzie — Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, t. III, p. 1843.

(13) RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La contratación del sector público como política pública”, en PERNAS GARCÍA, Juan J. (ed.), *Contratación pública estratégica*, ob. cit., p. 31.

mentales en todas las etapas del *iter* contractual. Así, se requiere de un régimen de sanciones que desincentive eficaz y efectivamente tanto a los gestores públicos como a los privados a cometer actos atentatorios al principio de integridad.

Sin perjuicio de lo anterior, el control de la Administración no se debe efectuar únicamente en el sentido de verificar que su actuación sea conforme a derecho para evitar fenómenos de corrupción, sino que además se debe contar con mecanismos de control e impugnabilidad suficientemente eficaces en tiempos de emergencia para mantener o restablecer, en su caso, el equilibrio económico y financiero de los contratos (14).

Finalmente, la contratación pública en tiempos de crisis y especialmente en estos tiempos de pandemia se avizora como una herramienta que permitirá cerrar los amplios trechos de desigualdad existentes, llegando hacia aquellos espacios de la sociedad donde se requiere de una corrección de las condiciones que el mercado ha generado, promoviendo la competitividad, la apertura de los mercados, impidiendo la concentración económica, profundizando la transparencia y la publicidad de los actos y procedimientos de contratación, todo ello para garantizar el correcto uso de los recursos públicos y materializar el principio de igualdad, como principio nuclear de la disciplina.

Es por todo lo anterior que comparto el planteamiento del profesor Gimeno Feliu, quien ha sostenido que la contratación pública es una *herramienta de justicia social* que permite garantizar y profundizar el Estado democrático y social de derecho (15).

(14) Al tratamiento de los recursos en la contratación pública en Europa, y los casos de España y Italia, me he referido en “El recurso en materia de contratación pública en el derecho europeo y su aplicación en España”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 1ª ed.; y en “El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nro. 54, 2020.

(15) Véanse de GIMENO FELIU, José María, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP. Hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial*, nro. 415: “Contratación pública”, primer trimestre, 2020; y “La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nro. 86, 2020, ps. 42-53.

# El principio de integridad y rendición de cuentas en la contratación pública durante la crisis del COVID-19 (\*)

Javier Miranzo Díaz (\*\*)

**Sumario:** I. La transparencia como derecho fundamental.— II. Las excepciones procedimentales a la transparencia.— III. Buenas prácticas hacia una transparencia activa efectiva.— IV. Conclusiones.

## I. La transparencia como derecho fundamental

La crisis provocada por el COVID-19, aunque primariamente sanitaria, ha desplegado sus efectos en la mayor parte de los ámbitos de actuación de las sociedades actuales. Desde el punto de vista jurídico, su incidencia sobre las tramitaciones judiciales en el ámbito procesal, sobre derechos civiles, mercantiles o laborales, ha sido sustancial. En el presente trabajo, sin embargo, abordamos los efectos e implicaciones que ha tenido la crisis en el derecho público y en la contratación pública, especialmente desde la perspectiva de la integridad.

---

(\*) El presente estudio ha sido elaborado en el contexto del proyecto de investigación “Administración electrónica, transparencia y contratación pública: Hacia una auténtica innovación de la Administración Pública en Castilla-La Mancha” (ref. SBPLY/17/180501/000248), concedido en el marco de la convocatoria de ayudas para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

(\*\*) Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor de Derecho Administrativo en la misma universidad en los másters en Contratación Pública y Derecho Ambiental. Es investigador en la Universidad de Granada y profesor consultor en la Universitat Oberta de Catalunya, además de miembro del Observatorio de Contratación Pública de España.

La eclosión en la segunda semana de marzo de la emergencia sanitaria en España desató una serie de medidas urgentes que pretendían garantizar la seguridad de la ciudadanía y evitar el colapso del sistema sanitario, lo cual precisaba, a su vez, de ciertos sustentos jurídicos que las legitimaran y habilitaran. Esta situación fue la que derivó en la adopción del estado de alarma, amparado en el art. 116 de la Constitución española (en adelante, CE), y en la ley orgánica 4/1981, de 01 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

Al amparo de esta situación excepcional del Estado de derecho, se adoptaron dos medidas que serán fundamentales a lo largo de nuestro estudio: 1) la habilitación del uso de la tramitación de emergencia con carácter generalizado para compras públicas relacionadas con el COVID-19; y 2) la suspensión generalizada, con matices, de los procedimientos administrativos. Sobre estas dos cuestiones girará el análisis de las siguientes páginas.

El principio de transparencia, así como sus dos vertientes de materialización —el derecho de acceso y la publicidad activa—, se encuentran profundamente arraigados en la normativa administrativa y de contratación pública, como muestra el hecho de que hayan sido recogidos en las leyes que regulan la actuación adminis-

trativa, 39/2015 y 40/2015 (1), o en el art. 1.º de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (2). Sin embargo, conviene recordar, en este sentido, que el derecho de información y de acceso a la información es un derecho fundamental integrado en el derecho a la libertad de información, tal y como ha venido reconociendo el Tribunal de Estrasburgo desde hace años con respecto a la interpretación del art. 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (3). En nuestro país, además, más allá de los efectos vinculantes que tiene la citada jurisprudencia, el derecho a la información tiene un claro anclaje constitucional en el derecho a la libertad de información y de expresión, que se materializa en el art. 20.1.d), CE (“recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”), e incluso en el art. 9.2, CE (“facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”).

Esto deriva, por tanto, en que, a pesar del carácter ordinario de la ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno, debe reconocerse el carácter fundamental del derecho a la información, lo que exige extremar las cautelas para su restricción fruto de situaciones de excepcionalidad constitucional (4). De esta forma, una vez asumido como derecho fundamental, y dejando de lado el interesante debate doctrinal que

(1) MORENO MOLINA, J. A., “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 179, 2016, ps. 87-109.

(2) VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Transparency in public procurement in the Spanish legal system”, en HALONEN, K.-M. — CARANTA, R. — SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Transparency in EU procurements. Disclosure rules within public procurement procedures and during contract period*, Ed. Edward Elgar Publishing, UK, 2019, ps. 272-295.

(3) Sentencias del TEDH, 14/04/2009, “Társaság Szabadságjogokért”, y 13/08/2009, “Kenedy”.

(4) El debate sobre si determinados derechos han sido suspendidos o restringidos ha sido amplio en el ámbito del derecho público. Por todos, véanse VELASCO CABALLERO, F., “El debate entre ‘suspensionistas’ y ‘restriccionistas’ y las enseñanzas de la psicología social”, *El Blog de Francisco Velasco*, 18/04/2020; PIÑAR MAÑAS, J. L., “Límite y restricción, no suspensión”, *El País* del 08/04/2020, o DE LA QUADRA SALCEDO, T., “La aversión europea al estado de excepción”, *El País* del 28/04/2020.

se produjo acerca de la suspensión o limitación de ciertos derechos y, por tanto, de su encaje en un estado de alarma o de excepción, lo cierto es que, con base en los arts. 4º y ss. de la ley orgánica 4/1981, de 01 de junio, el derecho a la información, en sus variantes, no podrá suspenderse, y cualquier limitación o afectación a este derecho deberá cumplir escrupulosamente con los principios de necesidad y proporcionalidad que exige el estado de alarma constitucional (5).

Con base en lo expuesto, podemos afirmar el carácter fundamental que se ha reconocido a la transparencia tanto en la normativa sectorial de aplicación como en la Constitución y en la normativa reguladora del estado de alarma, que derivaría en la imposibilidad de suspender la aplicación del derecho y sus dos vertientes (activa y pasiva) como fruto de la situación jurídica excepcional provocada por el estado de alarma. Es evidente, por lo demás, que, en situaciones de ausencia virtual de procedimiento y poderes altamente centralizados, la transparencia, en tanto permite el conocimiento por parte de los ciudadanos de las motivaciones de la Administración, refuerza su papel como uno de los principales mecanismos de rendición de cuentas (6). Corresponde ahora, por tanto, analizar en qué medida la crisis del COVID-19 ha respetado los elementos básicos de este derecho, así como las concretas modulaciones, límites y alcances del principio de transparencia en la contratación pública en situación de emergencia.

## II. Las excepciones procedimentales a la transparencia

La gravedad de la crisis sanitaria precisaba del acopio de diversos suministros sanitarios:

(5) Así lo ha remarcado también MERSTRE DELGADO, F. (catedrático de Derecho Administrativo), “La transparencia de las Administraciones Públicas en tiempos de coronavirus (COVID-19)”, *Diario del Derecho* del 29/04/2020, Ed. Iustel.

(6) Véanse los artículos de opinión publicados por PIÑAR MAÑAS, J. L., “Contra los bulos, transparencia. O sobre cómo la transparencia y el derecho a saber son exigencias democráticas también (o aún más) en estado de alarma”, *Hay Derecho / Expansión* del 06/05/2020; o ZAMBRANO, E., “Crisis sanitaria, no crisis en transparencia”, *Asociación de Periodistas de Investigación*, 30/03/2020.

equipos de protección individual (EPI), mascarillas, guantes, respiradores o medicamentos. Sin embargo, el mercado de estos bienes había mutado por causas diversas, desde el aumento de la demanda y la inseguridad en los principales países productores de estos medicamentos hasta la implantación de límites a la exportación, pasando por el aumento de la demanda a nivel global o la propia magnitud del problema, que exigía cantidades de compra sin precedentes. Esto hizo que, durante aproximadamente el primer mes de la crisis, el mercado de productos sanitarios mutara en un escenario feroz, en el que proliferaron los fraudes y los engaños. El exponencial aumento de la demanda supuso un viraje de un mercado basado en la capacidad preeminente del comprador (Administración Pública) (7) a uno en el que la posición preeminente la tomaban los proveedores. Las Administraciones se enfrentaron a la necesidad de adaptarse a este nuevo marco, que exigía actuar con la mayor rapidez y tener capacidad de reacción ante posibles cambios y contratiempos. Esto hizo, de forma generalizada, que fuera inevitable el sacrificio de buena parte de las garantías que previamente revestían los procedimientos contractuales.

A tal efecto se aprobó, como se ha mencionado, la habilitación general para la tramitación de emergencia de los expedientes. Habilitación que en todo caso no es tal, sino que actúa más bien a modo de memorándum, con el objetivo de clarificar y difundir la posibilidad de uso de este tipo de tramitación, pues recordemos que el art. 120 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) prevé el uso de esta para “acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional”, correspondiendo la apreciación de este supuesto al órgano de contratación, y no precisando, por tanto, de disposición general que lo habilite.

Un procedimiento abierto tradicional consigue, como ha expresado la Comisión Europea

en sus orientaciones (8), filtrar ofertas de baja calidad o fraudulentas a través de garantías de solvencia, criterios claramente definidos de calidad y una competencia real entre proveedores; o, en otras palabras: “son más fiables para optimizar la relación calidad-precio y garantizar un mayor acceso de las empresas a las oportunidades de negocio y una más amplia de suministros disponibles”. Sin embargo, estos procedimientos, incluso en sus versiones más abreviadas, requieren de cierto tiempo y planificación, algo que, debido a lo imprevisible y acelerado del impacto del fenómeno o a la falta de previsión de las autoridades —o a una combinación de ambas—, ha hecho virtualmente inviable su aplicación en la mayoría de los casos.

En este contexto, la Comisión Europea remarcó en su informe la utilidad del procedimiento negociado sin publicidad previsto en la Directiva 2014/24/UE como método de compra ágil y eficaz ante esta situación cambiante e incierta (9). Este procedimiento, previsto para eventos imprevisibles y no atribuibles al poder adjudicador (10), ofrece, junto a las tramitaciones de emergencia (11), la mitigación del problema de inmediatez que presentan otros procedimientos. Pero debemos ser conscientes de que estos beneficios conllevan ciertas contraindicaciones. Y es que, dado que su aplicación tiene un carácter marcadamente excepcional, existe el riesgo de que su uso se entienda como excepción a la totalidad, en la que la única

(8) COMISIÓN EUROPEA, “Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19”, 2020/C 108 I/01.

(9) Conviene, no obstante, señalar el carácter burocratizado que sufre la transposición española del procedimiento negociado sin publicidad, señalado en diversas ocasiones por la profesora GALLEGO CÓRCOLES, “Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo”, en GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Aranzadi, 2018.

(10) Véase sobre ello GALLEGO CÓRCOLES, I., “La formalización de contratos en tiempos de alarma: contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial”, *Observatorio de Contratación Pública*, 01/04/2020.

(11) Sobre la tramitación de emergencia, véase la entrada de la profesora LAZO VITORIA, X., “Contratación pública de emergencia COVID-19”, *Observatorio de Contratación Pública*, 30/03/2020.

(7) Sobre esta situación previa, véase SÁNCHEZ-GRAELLS, A., “Distortions of competition generated by the public (power) buyer: A perceived gap in EC competition law and proposals to bridge it”, *Working Paper CCLP (L)*, 23, Ed. University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, 2009.

regla es que no hay reglas. Las adquisiciones de productos sanitarios requieren en situaciones excepcionales, como la experimentada como consecuencia del COVID-19, de la inaplicación excepcional de algunas “cargas procedimentales” —exigencia de garantías, verificación de solvencia técnica y financiera, fijación y evaluación de criterios de calidad, etc.—, que tratan de adaptarse a la posición dominante de los proveedores concediéndoles una serie de condiciones ventajosas para evitar la paralización del sistema. Pero estas condiciones, que dotan al procedimiento de agilidad y garantizan capacidad negociadora a las entidades públicas, contrastan con la aparente ausencia de filtros de calidad, de mecanismos para evaluar posibles prácticas anticompetitivas, precios abusivos, estafas, verificación de calidad de los materiales, etcétera.

Esta ausencia de garantías procedimentales afecta también al posible control sobre las decisiones públicas y el comportamiento íntegro de los mercados, esto es, a los principios de integridad y buena administración, ya que, como indica la Comisión, en este tipo de compras “los poderes adjudicadores se apartan del principio básico del Tratado relativo a la transparencia” (12). La virtual ausencia de procedimiento en estos trámites hace inviable una fiscalización tradicional de la compra pública a través de interventores, órganos internos, y desde la óptica del control por parte de la sociedad civil. Pero esto no implica, sin embargo, y como ya han denunciado algunas voces críticas, que debamos renunciar al principio de transparencia en las compras públicas relacionadas con el COVID-19 (13).

En este contexto, el primer y principal filtro de control debe ser que el uso de la tramitación

de emergencia debe ser interpretado de forma restrictiva (14), y para permitir un cierto control sobre este uso es necesario garantizar unos estándares mínimos de transparencia. Debemos recordar que en España los procedimientos tramitados por procedimiento de emergencia están sujetos a las normas de publicidad del art. 154, LCSP, y del art. 50 de la Directiva 2014/24/UE, que exigen la publicación de la formalización del contrato y del anuncio de adjudicación, sentando una base mínima (15). Así se ha encargado de recordarlo la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su nota informativa de 10 de abril, en la que señalaba que, a pesar de que la tramitación de emergencia exime de la tramitación previa del expediente, y por tanto de las necesidades de publicidad a él asociadas (anuncio de licitación, publicidad de documentos contractuales, etc.), no exime del régimen de publicidad previsto con carácter general por los arts. 151.1 y 154.1 de la LCSP, en particular en lo relativo a la publicación del acuerdo de formalización de los contratos, en los que debe contenerse al menos “la justificación del procedimiento utilizado para la adjudicación, la mención del objeto del contrato, el precio de adjudicación o la identidad del contratista”. Conviene recalcar, además, que la suspensión de plazos dispuesta por el real decreto que declara el estado de alarma no afecta a aquellos procedimientos vinculados a la crisis sanitaria, y que, por tanto, en ningún caso puede entenderse que esta suspensión afecta a los plazos de publicación.

Hasta el día 17 de abril, sin embargo, fruto probablemente del salto de esta cuestión a la opinión pública en los principales medios de comunicación y a la consiguiente presión

(12) COMISIÓN EUROPEA, “Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública...”, ob. cit.

(13) Véase, en particular, el documento de TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, “Contra la crisis de salud, más transparencia y democracia”, disponible en <https://transparencia.org.es/ti-espana-francia-e-italia-firman-propuesta-conjunta-para-defender-la-transparencia-durante-la-crisis-del-covid-19/>; o GAMERO CASADO, E., “Transparencia y contratación de emergencia ante el COVID-19”, *Observatorio de Contratación Pública*, 16/04/2020.

(14) Véanse de nuevo las reflexiones de GALLEGO CÓRCOLES, I., “La formalización de contratos en tiempos de alarma: contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial”, *Observatorio de Contratación Pública*, 01/04/2020; así como GIMENO FELIU, J. M., “La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, ps. 44 y ss.

(15) Los procedimientos de emergencia no suponen, por tanto, como ha señalado GAMERO CASADO, E., “Transparencia y contratación de emergencia ante el COVID-19”, ob. cit.



mediática (16), no se publicaron los anteriores aspectos de los contratos celebrados por el Ministerio de Sanidad con relación al abastecimiento de suministros y otros contratos relacionados con el COVID-19. La aparente falta de cumplimiento de las ya reducidas exigencias legales parece haber ido gradualmente corrigiéndose, como muestra el informe especial “Principio de publicidad en los contratos tramitados por emergencia durante la vigencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia del COVID-19”, que comprende los contratos que han sido publicados desde que se declaró el estado de alarma, publicado por la OIRESCON el 30/04/2020, en el que el organismo de supervisión afirmaba que “se están cumpliendo las obligaciones de publicación”, al tiempo que se ha puesto de manifiesto, en sus subsiguientes actualizaciones, que el número total de contratos publicados parece haber ido gradualmente en aumento.

### III. Buenas prácticas hacia una transparencia activa efectiva

Sin embargo, la mera publicación de estos contratos puede, a la vista de la mencionada trascendencia de la información, no ya para competidores o potenciales licitadores, sino para la ciudadanía y el control político, no ser suficiente. Así pues, debemos recordar que publicidad no equivale a transparencia, ya que este última, en su sentido más hondo, no es —ni puede serlo— un mero principio formal (17), y que si bien en la tramitación de emergencia se dan determinadas excepciones de publicidad procedimental que afectan a las formas de materialización del principio de transparencia, el art. 120, LCSP, no excluye la aplicación del principio de transparencia de este tipo de tramitaciones. Más aún, actualmente existen medios

(16) Véase, a modo de ejemplo, el artículo de SEVILLANO, E. G., “El gobierno aparca la Ley de Transparencia y oculta a quién compra el material sanitario”, *El País* del 17/04/2020.

(17) GIMENO FELIU, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en GIMENO FELIU, J. M. *et al.*, *Las nuevas directivas de contratación pública (X Jornadas AEPDA)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, ps. 37-105, 2015, p. 59.

para garantizar la transparencia más allá de la publicidad tradicional, como muestra la experiencia internacional, que evidencia cómo las nuevas tecnologías y la contratación electrónica hacen posible la implantación de mayores estándares de transparencia que deben ser tomados en cuenta.

Así, Lituania publicaba, de forma estructurada y en formato abierto, los datos sobre los contratos relacionados con el COVID-19 —partes del contrato, volumen, tipo de contrato, etc.— (18). La identificación de los contratos con un número de seguimiento específico para aquellos que se celebran en el marco de la crisis de COVID-19 contribuye, sin duda, a crear un entorno de claridad que, además de aportar una visión global sencilla y despejada, arroja transparencia sobre las formas en las que se están realizando los aprovisionamientos.

Otro ejemplo es Portugal, que dispone de plataformas que interactúan de manera considerablemente más fácil con el usuario que la PCSP española, y que permiten realizar búsquedas sencillas sobre determinadas palabras clave (19); también ha habilitado sedes informáticas específicas para el seguimiento de los contratos celebrados bajo el dec.-ley 10-A/2020, de 13/03, utilizando el procedimiento de emergencia, los cuales son, además, publicados en datos abiertos y reutilizables (20).

Ucrania, por su parte, excluyó la contratación de COVID-19 de las leyes ordinarias de contratación, pero las entidades contratantes deben informar y publicar sus pedidos dentro de un día de la firma del contrato. Además, la herramienta de inteligencia artificial DoZorro del gobierno ucraniano ha creado también un módulo específico para mostrar todas las adquisiciones de emergencia relacionadas con el COVID-19, e incluye información como nombre de los artículos, precio por artículo, términos, proveedor, etc. De esta forma, a través del sistema de inte-

(18) Disponible en <https://vpt.lrv.lt/sudarytos-sutar-tys-kovai-su-covid-19>.

(19) Disponible en [www.base.gov.pt](http://www.base.gov.pt).

(20) Disponible en <https://dados.gov.pt/pt/datasets/contratos-2020-decreto-lei-n-o-10-a-2020-de-13-03/>.

ligencia artificial DoZorro (21), la sociedad civil ucraniana está utilizando datos para monitorear cómo el gobierno está respondiendo a la crisis, de forma que, por ejemplo, es posible evaluar el precio, la forma, el órgano comprador o los proveedores de las adquisiciones de todos los test (22) y respiradores (23) adquiridos hasta el momento (24).

Podemos encontrar, además, referencias expresas a las particularidades de la transparencia en la nota sobre adquisiciones del Reino Unido en respuesta al COVID-19 [“Procurement policy note 01/20: Responding to COVID-19” (25)], en la que establece que todas las entidades que celebren contratos de adjudicación directa deben mantener registros adecuados de todas las decisiones y acciones sobre los contratos y deben publicar un anuncio de adjudicación en los 30 días de la adjudicación del contrato. En esta ocasión, aunque la regulación coincide en esencia con lo que prevé la normativa europea, lo cierto es que ejerce las funciones de recordar y reforzar las obligaciones de la entidad adjudicadora de hacer acopio de documentos justificativos y acreditativos del contrato de cara a una posterior publicación.

---

(21) He tenido ocasión de analizar esta herramienta con mayor detalle en la obra MIRANZO DÍAZ, J., “Inteligencia artificial y contratación pública”, en MARTÍN DELGADO, I. — MORENO MOLINA, J. A., *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Ed. Iustel, 2020, ps. 105 y ss.

(22) Véase la noticia de TRANSPARENCIA INTERNACIONAL UCRANIA: <https://ti-ukraine.org/en/news/updated-info-procurement-of-tests-for-covid-19-in-ukraine/>.

(23) Véase la noticia de TRANSPARENCIA INTERNACIONAL UCRANIA: <https://ti-ukraine.org/en/news/how-many-ventilators-have-been-purchased-via-prozorro/>.

(24) Véanse las notas de prensa de Transparencia Internacional en inglés, disponibles en <https://ti-ukraine.org/en/news/how-many-ventilators-have-been-purchased-via-prozorro/> y <https://ti-ukraine.org/en/news/updated-info-procurement-of-tests-for-covid-19-in-ukraine/>.

(25) Disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/procurement-policy-note-0120-responding-to-covid-19>.

La transparencia, por tanto, no debe quedar excluida dentro de la excepcionalidad de la situación y de los procedimientos. Como recientemente ha puesto de manifiesto Transparencia Internacional, es necesario “el cumplimiento y respeto de los principios de rendición de cuentas, de transparencia y de la ética a la hora de respuestas rápidas” (26). Al revés, si bien ciertas obligaciones de transparencia se ven irremediablemente suprimidas, las nuevas tecnologías y los medios electrónicos ofrecen posibilidades para garantizar una mínima transparencia que permita a la ciudadanía y a los agentes sociales realizar una evaluación y seguimiento de las estrategias de compra públicas. La creación de códigos propios de los contratos celebrados al amparo de las necesidades de la crisis del COVID-19, o de direcciones virtuales específicas que permitan un seguimiento de este tipo de contratos, garantizaría un mayor control democrático de las actividades contractuales y reforzaría el principio de transparencia.

Estos elementos necesarios para una efectiva transparencia han sido, además, puestos de manifiesto por Transparencia Internacional España (27), de acuerdo con lo ya expresado en el Observatorio de Contratación Pública (28). En España, a pesar de la señalada falta de transparencia inicial, lo cierto es que se han realizado algunos esfuerzos altamente relevantes en la materia, lo que ha derivado en medidas muy interesantes, como la creación, por parte de la Generalitat de Cataluña, de un nuevo visor que a modo de herramienta interactiva, intuitiva y dinámica permite obtener datos sobre el objeto, el órgano de contratación, el importe y el adjudicatario de los contratos adjudicados por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya y su sector público desde el día 12 de marzo de este

---

(26) Documento de TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, “Contra la crisis de salud, más transparencia y democracia”, ob. cit.

(27) TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, “Transparencia y publicidad activa: Covid-19 y estado de alarma en España: Recomendaciones para la transparencia y prevención de la corrupción en el sector público y privado”, mayo/2020.

(28) MIRANZO DÍAZ, J., “Reflexiones sobre la transparencia y la integridad en contrataciones relacionadas con el Covid-19”, *Observatorio de Contratación Pública*, 15/04/2020.

año mediante el procedimiento de emergencia previsto en el art. 120, LCSP (29).

#### IV. Conclusiones

En definitiva, tras lo expuesto podemos concluir que no debemos asumir que la situación extraordinaria en la que nos sitúa el COVID-19 ni el estado de alarma conlleven el uso generalizado de tramitaciones de emergencia, ni que el uso de procedimientos de emergencia implique una excepción al principio de transparencia. Las garantías jurídicas básicas del derecho administrativo relacionadas con la transparencia y el derecho a la información deben seguir siendo de aplicación. Las nuevas tecnologías y la administración electrónica permiten que, incluso

en procedimientos prácticamente carentes de formalismos, pueda llevarse a cabo un ejercicio mínimo de transparencia que revierta, a su vez, en una mayor coordinación y cooperación entre Administraciones. Es necesario, para ello, reformular en el futuro los principios de transparencia, integridad y buena administración para garantizar unos mínimos controles, prácticas de contratación transparentes, abiertas, responsables y, siempre que sea posible, basadas en datos durante esta emergencia mundial. La publicidad activa y el acceso a la información deben, no obstante, seguir siendo impulsados y garantizados en los diferentes niveles de actuación administrativa, y ante la ausencia de otros elementos fiscalizadores tradicionales asociados al procedimiento, corresponde a la sociedad civil garantizar que las posibles mermas se ajustan a lo estrictamente necesario en cabal cumplimiento del principio de proporcionalidad.

---

(29) Puede consultarse en <https://contractacio.gencat.cat/ca/difusio/publicacions/indicadors/analisi-politiques-publiques/contractes-demergencia-durant-lepidemia-de-sars-cov-2/>.

# Transparencia y control de las contrataciones públicas de la emergencia sanitaria

Miriam M. Ivanega (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Las contrataciones públicas de la emergencia sanitaria.— III. Comentarios acerca de las contrataciones públicas en ejecución afectadas por la pandemia.— IV. El virus de la corrupción en la época del coronavirus.— V. Un doble enfoque del control: el control de la eficacia y la eficiencia.— VI. Reflexiones: la necesidad de un control eficaz y eficiente.

## I. Introducción

Los principios de integridad, transparencia y control son los tres ejes centrales de la eficacia y la eficiencia en las contrataciones públicas, principios que inciden sustancialmente en su gestión, en particular en épocas de emergencia como la que transcurre en el 2020.

Es una política generalizada que, frente a crisis como la producida por el COVID-19, los Estados adopten medidas urgentes con múltiples objetivos dirigidos a proteger a la ciudadanía.

Es así como las contrataciones públicas se convierten en un instrumento esencial para proveer de bienes y servicios necesarios en ese marco.

Esto nos lleva a identificar, en relación con la emergencia, a dos grupos de contratos: 1) los que tienen como causa esa situación de excepcionalidad; y 2) las contrataciones que se encuentran en etapa de ejecución.

En esta ocasión reflexionaremos sobre los primeros, aunque realizando un breve comentario acerca del segundo grupo.

(\*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Magíster en Derecho Administrativo. Directora de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## II. Las contrataciones públicas de la emergencia sanitaria

### II.1. Emergencia y urgencia

Como se adelantó, la pandemia generó la declaración de estados de excepción, de alarma, de emergencia, etc., obligando a los Estados a aplicar medidas de diversa naturaleza que, de manera casi uniforme, se vincularon con la salud pública, la economía, la organización estatal, la vida individual y social de los ciudadanos.

Más allá de haber dejado en evidencia las falencias estructurales en la salud pública y en la contención social y económica de muchos países, el COVID-19 se convirtió en una causa más de globalización, sin que aquellos hubiesen podido analizar preventivamente cuáles serían las herramientas más idóneas para evitar sus nefastas consecuencias.

En ese plano, las contrataciones de bienes, servicios y obras públicas se reafirmaron como mecanismos sustanciales para satisfacer las necesidades de la organización y de los ciudadanos, aunque ello significó el desplazamiento de la aplicación de procedimientos de concurrencia y convocatoria pública para dar lugar a las denominadas “contrataciones de urgencia”.

Ya sea que se sujetara a regímenes de contrataciones ya vigentes o a nuevas reglas especiales dictadas para la ocasión, este tipo de compra di-

recta ha pasado a constituirse en un prototipo de actuación pública.

Es indudable que se identificó a la urgencia con la emergencia, justificándose todo tipo de contratación directa cuya causa hubiese sido considerada por la autoridad competente como derivada de la pandemia.

Sin embargo, el requisito de la urgencia debe ser acreditado, es decir, no puede quedar librado a la apreciación o criterio subjetivo de los funcionarios (1); aquella debe ser interpretada restrictivamente a fin de verificar si no se presenta una situación de urgencia inexistente. La conducta de la Administración y la situación de excepción deben hallar una coherente respuesta con relación a las necesidades y el tiempo de su satisfacción.

Las declaraciones normativas de emergencia no son un mandato en blanco para contratar directamente, porque el apremio “debe ser concreto e inmediato y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasiona la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativa, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público” (2).

Por último, un dato para tener en cuenta es que la situación de emergencia sanitaria originó en la República Argentina un nuevo ordenamiento jurídico, específico para esta época de excepción, compuesto por numerosas normas (decretos, decisiones administrativas, resoluciones, disposiciones) que regulan todos los aspectos vinculados a la pandemia, desde la limitación en el ejercicio de los derechos y el aislamiento social hasta competencias de los órganos administrativos, pasando por las contrataciones públicas, la información a suministrar a la ciudadanía, la disposición de medidas de fomento, etcétera.

A este contexto regulador dictado a nivel nacional deben sumarse todas las disposiciones

que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictaron en el ámbito de sus competencias, también relacionadas con esa emergencia.

## *II.2. Breve reseña de la normativa dictada en la República Argentina*

A solo título de ejemplo, corresponde referenciar las normas principales dictadas por las autoridades nacionales:

— Debe reconocerse como antecedente a la ley 27.541 (BO del 23/12/2019), que declaró la “emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social”, delegando en el Poder Ejecutivo Nacional determinadas facultades comprendidas en esa norma (en los términos del art. 76 de la CN).

— Mediante el dec. 260/2020 (dictado en uso de las facultades del art. 99, incs. 1º y 3º, de la CN) se amplía por el plazo de un año desde su entrada en vigencia (3) la emergencia pública en materia sanitaria que había establecido la ley, “en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19”.

Dentro de las facultades asignadas al Ministerio de Salud de la Nación, como autoridad de aplicación de ese régimen, se lo autoriza a “efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, con base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración nacional. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior”.

También se le atribuye competencia para contratar a ex funcionarios o personal jubilado o retirado (exceptuándolos del régimen de incompatibilidades), así como para que, en forma excepcional y temporaria, se contrate a profesionales y técnicos de la salud titulados en el extranjero, aun cuando su título no esté revalidado o habilitado en el país (art. 2º, aparts. 6º, 7º y 8º).

(1) PTN, Dictámenes 77:43 y 205; 103:5; 236:695.

(2) Dictámenes 89:260 y 223.

(3) Por el art. 25, la vigencia es a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial, es decir, el 12/03/2020.



— El dec. 287/2020, modificatorio del anterior, incorpora el art. 15 ter, autorizando la contratación directa a las jurisdicciones, organismos y entidades incluidos en los incs. a) y b) del art. 8º de la ley 24.156 **(4)**.

A su vez, se asignan facultades al jefe de Gabinete de Ministros (JGM) para establecer los principios y las pautas del procedimiento de contratación en el marco de la emergencia.

Ese escenario normativo principal ha dado lugar al dictado de dos decisiones administrativas del JGM y dos disposiciones de la Oficina Nacional de Contrataciones (OCN).

#### II.2.a. Decisiones del jefe de Gabinete de Ministros

— 409/2020, del 18/03/2020, que regula el procedimiento contractual y —entre otros aspectos—:

a) la aplicación (desde el inicio hasta la finalización de la ejecución del contrato) de los principios previstos en el art. 3º del dec. 1023/2001 **(5)**, es decir, razonabilidad del proyecto, eficiencia de la contratación, concurrencia y competencia, transparencia, publicidad y difusión de las actuaciones, respon-

---

(4) Art. 8º: “Las disposiciones de esta ley serán de aplicación en todo el sector público nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social; b) empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.

(5) Este decreto es el Régimen General de Contrataciones de la Administración Nacional, que se aplica a las entidades del art. 8º, inc. a), de la ley 24.156, descriptos en la nota anterior, y comprende: 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, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

sabilidad de los agentes y funcionarios públicos, igualdad de trato para interesados y oferentes;

b) la necesidad de fundar que la contratación es consecuencia de la emergencia declarada;

c) la intervención de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) **(6)** para emitir informes sobre los precios testigos o valores de referencia de los bienes y servicios a adquirir, en los casos en que el monto estimado de la contratación fuera igual o superior al previsto en la res. SIGEN 36/2017 **(7)**;

d) el deber de los órganos u organismos que intervengan en esos procedimientos de priorizar esas contrataciones, imprimiendo la máxima celeridad posible a los requerimientos que se formulen y prestando toda la colaboración que se les requiera;

e) la suscripción de un acta en la que constará lo actuado, una vez agregadas las ofertas al expediente electrónico, a cargo del titular de la Unidad Operativa de Contrataciones y la Unidad de Auditoría Interna (UAI) **(8)**;

f) el deber de las UAI de cada jurisdicción y de los organismos de incorporar a sus planes de auditorías los procesos que se efectúen de conformidad con el procedimiento establecido en esa disposición.

---

(6) La SIGEN es el órgano de control interno del Poder Ejecutivo. Conforme al art. 98 de la ley 24.156, es “materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependen del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica”.

(7) Por ese decreto se aprobó el régimen del Sistema de Precios Testigos, para las compras y contrataciones que realice la Administración central y descentralizada. La intervención de la SIGEN no es vinculante, ya que es considerada una herramienta de control en la etapa de evaluación de ofertas para contribuir en la determinación de la razonabilidad de los precios ofrecidos. Solamente están alcanzadas las compras y contrataciones que superen determinado monto y de bienes normalizados, o de características homogéneas, incluyendo bienes estandarizados o de uso común con características técnicas que son inequívocamente especificadas o identificadas.

(8) Las UAI complementan el sistema de control interno, son creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependen del Poder Ejecutivo Nacional.

— 472/2020, dictada el 07 de abril último, que introduce una limitación al régimen antes mencionado: la imposibilidad de abonar montos superiores a los precios máximos establecidos por la res. 100/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo o las que se dispongan en el futuro.

Tal límite se aplica a las contrataciones que a la fecha de vigencia se encontraban en curso y no adjudicadas y a las compras adjudicadas con obligaciones de pago pendientes, disponiéndose que se pagará exclusivamente hasta los montos máximos aludidos.

A su vez, instruye a los titulares de los Ministerios y organismos descentralizados a que en los procesos de compra no concluidos se respeten los precios máximos fijados por la Secretaría de Comercio Interior.

## II.2.b. Disposiciones de la Oficina Nacional de Contrataciones

— 48/2020, que aprobó el procedimiento complementario al establecido en la decisión administrativa 409/2020.

Describe detalladamente los pasos a seguir en las contrataciones y las funciones de las áreas intervinientes.

En lo que nos interesa, esta disposición alude al control de la SIGEN en el marco del régimen de precios testigos (9) y contempla dos funciones de las UAI:

a) la recepción mensual de información acerca de la numeración de los procedimientos y órdenes de compra y contratos, con mención del expediente electrónico; y

b) la suscripción del acta junto a la Unidad Operativa de Contratación.

— 53/2020, con motivo del dictado de la decisión administrativa JGM 472/2020 se introducen modificaciones a la disposición anterior, adoptando dos medidas centrales: la primera receptiona la limitación para adjudicar a ofertas que excedan los precios máximos, y la segunda imprime cierta transparencia a las contrataciones.

(9) Ver nota 7.

De esta forma, se incorpora que en las invitaciones a los proveedores debe indicarse que no se abonarán montos superiores a los fijados en la citada res. 100/2020 o los que se dispongan en el futuro y que, en el caso de requerirse mejora de precios a la oferta más conveniente (sin perjuicio del sistema de precios testigos), en ningún caso se considerarán ofertas por montos superiores a aquellas.

Asimismo, se prevé que en el supuesto de que una o más cotizaciones excedan tales límites, se solicitará la mejora de precios para que los oferentes adecuen sus propuestas; “caso contrario resultarán desestimados”.

También se incluyen las pautas de inelegibilidad previstas en el art. 68 del dec. 1030/2016 (reglamentario del dec. 1023/2020) como causales de desestimación de las ofertas —y su rechazo sin más trámite— con la posibilidad de la rescisión de pleno derecho con pérdida de la garantía. Tales supuestos son:

a) que existan indicios que, por su precisión y concordancia, hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección;

b) que existan indicios que, por su precisión o concordancia, hagan presumir simulación de competencia o concurrencia;

c) que se exhiban incumplimientos en anteriores contratos, conforme a lo que se disponga en las invitaciones a cotizar.

## III. Comentarios acerca de las contrataciones públicas en ejecución afectadas por la pandemia

Las dudas acerca de los efectos que la emergencia sanitaria puede producir en los contratos administrativos que se encuentran en etapa de ejecución seguramente no podrán ser despejadas con respuestas uniformes.

En primer término, debe partirse de la regla de que el contrato nace para ser cumplido, es decir, el principio de conservación del contrato, que obliga a no presuponer que la emergencia en sí misma es causal automática para la rescisión, revocación o caducidad.

El objeto contractual, la necesidad a satisfacer, el avance de la ejecución del contrato, la relevancia de las alteraciones que produce en las prestaciones, obras, suministros o servicios, ello sumado a factores financiero-económicos de ambas partes, serán elementos que deberían evaluarse a la hora de determinar la suerte de tales contratos.

Es indudable que los supuestos de extinción, así como los de readecuación o renegociación, suelen estar ya regulados en los regímenes específicos, que en general prevén la continuidad del contrato (p. ej., por la aplicación de la teoría de la imprevisión con la debida recomposición del contrato; los casos de rescisión por fuerza mayor o caso fortuito; la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia —razones de interés público—; el rescate en los casos de concesión de servicios públicos o de obra pública; la caducidad; la resolución de mutuo acuerdo o la rescisión unilateral por incumplimiento del contratista).

A ellos debe agregarse el caso de la rescisión de corrupción conforme al art. 34 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por ley 26.097), que establece que si el contrato es consecuencia de un acto de corrupción se podrá anular o rescindir, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe por terceros (10).

En similar sentido, la ley 25.188 —Ética en el Ejercicio de la Función Pública— establece la nulidad absoluta de los contratos que se celebraran contrariando el régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses.

En definitiva, es cierto que los más afectados por la emergencia suelen ser los contratos que se extienden en el tiempo (como, p. ej., los de obra pública, concesión de obra pública y concesión de servicios públicos), lo que nos remite a la teoría de los contratos incompletos, que viene a confirmar las vicisitudes a las que están sometidos. Los estudios sobre el tema confirman que la imperfección que tales contratos supo-

(10) GUSMAN, Alfredo, “Rescisión del contrato de obra pública. Consecuencias”, en A.A.V.V., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014, ps. 111-124.

nen está dada por los imprevistos o situaciones que no pueden ser previstas e incorporadas por las partes con anterioridad a su celebración. “Esto implica que haya que renegociar las relaciones contractuales” (11).

#### IV. El virus de la corrupción en la época del coronavirus

La regla de que la contratación directa no está exenta de cumplir con el principio de transparencia parece haber caído en desuso.

La emergencia, unida a la urgencia, se ha instituido como argumento para evadir el cumplimiento de normas de ética y de publicidad.

Es posible comprobar que la ausencia de transparencia en esas compras ha ocupado el centro de las denuncias reflejadas en los medios de comunicación, tanto en Latinoamérica como en Europa, y que todo apunta a la configuración de situaciones irregulares y a la corrupta manipulación de fondos públicos: los sobrepresos, las contrataciones de bienes o servicios apartadas de las necesidades originadas por la pandemia y el favorecimiento a determinadas empresas son algunos ejemplos.

La integridad, condición *sine qua non* en la actuación de todo agente público y de los contratistas que deben contribuir al logro de los objetivos del Estado, obliga a un comportamiento recto, responsable, honrado, que, más allá de un catálogo de reglas éticas, resulte ser el sostén de la eficiencia de la gestión pública (12).

Pero, en oposición a ello, el COVID-19 se ha convertido en un nuevo camino de corrupción, realidad que agrava las consecuencias que aquel genera y que demuestra la insensibilidad de los funcionarios y empresarios que se aprovechan de tal fatídica situación.

(11) La “teoría de los contratos” fue desarrollada por los dos ganadores del Premio Nobel de Economía (2016) Oliver Hart y Bengt Holmström.

(12) Ver el análisis de estos temas en relación con las situaciones de conflicto de intereses: LAROCCA, Carina, “Los conflictos de intereses aparentes en el Estado constitucional de derecho”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 489, Buenos Aires, ps. 17 y ss.

Se ha desplazado la regla de que las crisis, cualesquiera sean sus causas, deben gestionarse conforme a las herramientas propias del Estado constitucional de derecho, relegándose el principio de que los derechos fundamentales de la persona humana y su dignidad son la columna vertebral del destino que se asigna a los recursos públicos.

La transparencia y la integridad han fracasado en su aplicación práctica.

Por eso, los mecanismos para evitar los frutos de esa realidad no pueden ser analizados y propuestos en forma aislada.

Por el contrario, como en otras situaciones, poco servirá limitarnos a esperar los resultados —inciertos— de la determinación posterior de las responsabilidades de quienes intervinieron en esas operaciones; será necesario articular instrumentos de control preventivo, de amplia publicidad, de participación ciudadana y, por supuesto, de rendición de cuentas.

Aunque insistimos en que esta última no es suficiente para transparentar la actuación pública. Su importancia, como justificativo de la credibilidad de la gestión pública, está unida a la oportunidad en que se practica, a la debida difusión de su contenido y a su integración con otras modalidades de control, lo que obliga a considerarla como un elemento relevante, pero no como único instrumento para combatir la corrupción.

### **V. Un doble enfoque del control: el control de la eficacia y de la eficiencia**

Un aspecto que debe valorarse en el marco de las contrataciones públicas es la importancia que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) les asigna como pilar fundamental de la prestación de servicios para los gobiernos. Por el gran volumen de gasto que representan, correctamente gestionadas pueden y deben desempeñar un papel importante para fomentar la eficiencia del sector público y, a su vez, establecer la confianza de los ciudadanos. “Los sistemas de contratación pública bien diseñados también contribuyen a alcanzar objetivos políticos urgentes como la protección del medio ambiente, la innovación,

la creación de empleo y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas” (13).

Al ser la sociedad la que se presenta como destinataria de la actuación pública contractual, es factible considerar que todos los objetivos a perseguir por esta revistan la denominación general de “sociales”, sin perjuicio de las especificidades de las políticas secundarias que se cumplan tras ellas (p. ej., ambiental).

En ese sentido, la necesidad social o pública (con la idea de que pertenece a todos) puede estar referida directamente a la comunidad y a la satisfacción de un derecho fundamental o encontrarse dirigida a cubrir una exigencia de la propia organización estatal (caso presente, en los denominados contratos de suministro), supuesto en el cual los ciudadanos también se verán beneficiados, en la medida en que la falta de insumos y elementos necesarios para gestionar en forma eficiente repercuta negativamente en el servicio que debe brindar toda organización pública a aquella.

Existe, por ende, una dimensión social en la contratación pública, la que, como se sostuvo, se encuentra en el propio fin de esta, pues siempre va a corresponderse, directa o indirectamente, con una exigencia de la comunidad (14).

A esta la denominamos “dimensión social genérica”, para distinguirla de la “dimensión social especial”, que se refiere al contrato público como instrumento para aplicar políticas públicas de diversa índole, como por ejemplo cuando se incluyen objetivos específicos vinculados a los derechos y necesidades de ciertos sectores en condiciones de vulnerabilidad social. Surgen así las cláusulas sociales, a través de las cuales se incorporan asuntos de esa naturaleza (v.g., que prevean situaciones de discapacidad, género, etc.), que formarán parte de las bases incor-

(13) Véase <https://www.oecd.org>.

(14) El art. 1º del dec. 1023/2001 establece: “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...”

poradas a los pliegos, valoradas al momento de la adjudicación y controladas en la etapa de la ejecución contractual (15).

Se trata, en definitiva, de la aplicación de fondos públicos en conexión con la responsabilidad que las empresas (contratistas del Estado) asumen frente a la sociedad.

Bajo este panorama, ¿qué sucede con las contrataciones de emergencia? Pues que, aun cuando esta genere un sistema de excepciones, aquellos objetivos sociales deben estar presentes y enmarcados en las exigencias del Estado constitucional de derecho.

El lector se preguntará por qué este enfoque; pues porque, como venimos sosteniendo, la realidad genera dos preocupaciones básicas:

a) que se desvíen los fines de la contratación de emergencia, y

b) que bajo el paraguas de la emergencia exista una prolongación indefinida de las excepciones; es decir, que lo transitorio termine por convertirse en permanente.

Es por eso, y atendiendo a la falta de transparencia, que indicamos que resulta necesario incluir mecanismos efectivos y oportunos de control que prevengan y, en su caso, denuncien o sancionen a los sujetos involucrados.

Siguiendo ese criterio, postulamos como herramientas de primer orden los controles de eficacia y de eficiencia.

### V.1. Eficacia

Ser eficaz implica lograr o alcanzar los objetivos propuestos, las metas programadas o los resultados deseados; es decir que una actividad, un proyecto o un programa serán efectivos en la

medida en que los propósitos o metas sean obtenidos o logrados (16).

La eficacia es propia de la naturaleza de toda organización, dado que no podría concebirse un organismo o ente público que careciera de objetivos, finalidades o propósitos que justifiquen su existencia. Por eso, siempre es importante para lograrla que las metas propuestas sean mensurables, claras y precisas.

El problema de la eficacia estatal no es nuevo en la ciencia jurídica, pero actualmente se plantea en términos novedosos, no tradicionales; así, por ejemplo, ha sido incorporada a documentos internacionales e incluso como principio general de la “buena administración”.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano, en relación con la Administración, incluye una noción amplia de este principio: “Art. 2º. 6. Principio de eficacia, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, que siempre estarán ordenadas a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano. Las autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública”.

Necesidades y expectativas, recursos humanos, procedimientos, equidad y objetividad conforman lo que denominamos “el bloque de la eficacia”.

---

(15) Las cláusulas sociales se han definido como “la inclusión de aspectos sociales en los procesos de contratación pública, bien como requisito previo (reserva de mercado), como elemento de valoración (criterio de adjudicación), o como una obligación (condición de ejecución)”, en <http://www.clausulasociales.org>.

---

(16) Nos remitimos a nuestro trabajo “Control público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, en especial cap. II. PAREJO, Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, 218-219, 1989; URANGA COGOLLOS, “El principio de eficacia en la organización administrativa”, *Documentación Administrativa*, 218-219, 1989.



## V.2. Eficiencia

Entre las nociones de eficacia y eficiencia existe un estrecho vínculo, pues mientras la primera alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere principalmente a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin (17). Nos inclinamos por esta postura.

Se ha arraigado el criterio de que la eficiencia puede ser clasificada en tres, según se refleje en las organizaciones públicas:

1) eficiencia técnica y eficiencia económica, que apuntan a la relación entre los recursos y los resultados físicos y a la relación entre los costes de utilización de los recursos y el valor de los resultados, respectivamente;

2) dentro de la eficiencia económica, se conocen la eficiencia en la asignación y la eficiencia productiva, según se trate de la distribución óptima de los recursos disponibles o del rendimiento en la utilización de los recursos disponibles, producción a mínimo coste, lo que implica una buena gestión; y

3) eficiencia operativa y adaptativa; la primera se vincula con la planificación a largo plazo, con la formulación precisa de objetivos y de estándares de actividad; la segunda, con un entorno evolutivo y cambiante y, por ende, con la reformulación de objetivos mediante la flexibilidad.

Conforme a la Carta Iberoamericana antes citada, el principio de eficiencia “obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general” (art. 2.7). “...El gasto público se realizará atendiendo a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia” (art. 2.8).

Esta definición se inclina más por el enfoque económico, en la relación entre recurso y gasto, aunque con la mirada puesta en los derechos del ciudadano.

(17) PAREJO, Alfonso, “La eficacia como principio jurídico...”, ob. cit., ps. 97-98.

De cualquier modo, entendemos la eficiencia como el principio que se refiere a la idoneidad de los medios utilizados (humanos, tecnológicos, presupuestarios, procedimentales, etc.) para cumplir con los objetivos (es decir, con la eficacia), criterio que en la gestión de las contrataciones públicas se mide en dos direcciones: por un lado, en la valoración de si la contratación es el instrumento necesario y adecuado para satisfacer un fin determinado; y, por el otro, en la verificación de si el procedimiento aplicado (licitación, concurso, subasta, contratación directa) es apto para cumplir con el objetivo que se pretende lograr a través del contrato (sea un suministro, una obra, la prestación de un servicio). Esta última es la que a nuestro entender tiene relevancia en el tema que nos convoca.

## V.3. El control de la eficacia y de la eficiencia

A partir de los principios comentados, la contratación originada en la emergencia genera algunos interrogantes, cuyas respuestas son elementos indispensables para controlar la gestión de las contrataciones:

¿Existe una exigencia real, concreta y basada en la emergencia que deba satisfacerse? ¿Cuáles son los objetivos que se pretenden alcanzar?

¿La contratación directa es el instrumento apto y útil para conseguir los bienes y servicios vinculados a la pandemia?

A propósito de estas cuestiones, debe remarcar-se que la eficacia y la eficiencia solo pueden interpretarse a partir del principio de juridicidad. En otras palabras, no pueden concretarse ni exigirse fuera de la actuación jurídica de los órganos estatales.

En esa línea, controlar la contratación implica evaluar tanto si las necesidades realmente existen (y se originan en la emergencia) como si los bienes y servicios finalmente se reciben y, en ese caso, si son idóneos para satisfacer aquellas.

Por supuesto, ello involucrará el control de la regularidad del procedimiento aplicado, que proporcionará información sobre si es el más adecuado para el fin perseguido.

Creemos que este tipo de verificación es fundamental para evitar que, según dijimos, a tra-

vés de la emergencia se instituya un sistema de excepción que se prolongue en el tiempo hasta convertirse en permanente.

En síntesis, la contratación directa por urgencia debe ser objeto de un control de eficiencia, necesario para evaluar si la urgencia propia de los inicios de la situación de emergencia sigue siendo la causa real para su tramitación, o si, por el contrario, se trata de una modalidad de “desviación de poder” y de postergación de procedimientos tales como la licitación pública.

Respecto a quién debe ejercer ese control, entendemos que corresponde tanto a quienes conforman el control interno como a quienes ejercen el externo.

## **VI. Reflexiones: la necesidad de un control eficaz y eficiente**

Se demanda de los gestores públicos que desarrollen sus funciones con eficacia y eficiencia, controlándose si se ajustan o no a ello.

Pero pocas veces se dimensiona si esos principios están presentes en el control.

Hemos insistido en reivindicarlos, al postular que el control en el siglo XXI debe reunir ciertas condiciones y principios. Entre ellos, entendemos que el control debe ser eficaz y eficiente (18).

Un control eficaz remite a un triple enfoque:

1) el relacionado con el fin específico de la técnica de control que se realiza, sea este previo, posterior, de legalidad, de gestión, etc. Es decir,

---

(18) IVANEGA, Miriam, “Control público”, ob. cit., ps. 70-75.

cada uno de los controles que se practica ha de ajustarse a sus cometidos;

2) otro que vincula a la eficacia con la especialidad del órgano o ente y que complementa al anterior. En ese sentido, será fundamental la competencia asignada y el grado de autonomía para que la ejerza;

3) por último, el criterio que involucra la satisfacción de los derechos fundamentales del individuo y el compromiso que asumen quienes controlan para que ello se haga efectivo (siempre en el marco de las funciones atribuidas).

Los tres aspectos conforman un contexto integrado, que permitirá interpretar si el control es útil.

A su vez, que resulte eficiente incluye la utilización de los métodos y procedimientos idóneos para cumplir con su objetivo.

Evitar los formalismos, para poder aplicar todas las técnicas que le permitan cumplir con sus funciones, involucra a este principio. No podemos negar que los organismos del Estado, incluso los de control, son proclives a la máxima “siempre se hizo así y ello nunca fue objetado”. Por eso, han de derribarse las barreras de la costumbre ineficiente, de la inoperancia y el *statu quo*.

Resulta obvio que estos principios se complementan con la transparencia, la ética, la independencia, la objetividad y la imparcialidad, entre otros.

En pocas palabras, las contrataciones públicas de la emergencia sanitaria exigen que su control sea practicado con eficacia y eficiencia.

# Servicios sanitarios en el marco de la emergencia

## Situación actual y perspectivas

Fernanda Otero Barba (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Derecho a la salud como derecho humano.— III. Estado de emergencia. Normativa nacional sobre contratación pública por COVID-19.— IV. Medidas implementadas por el Estado Nacional en su rol de rector y garante de la salud pública.— V. Tiempos de consenso en tiempos de COVID-19.— VI. La contratación pública y los principios previstos en el art. 3º del dec. 1023/2001.— VII. Los principios de razonabilidad y de buena administración en la gestión de los contratos administrativos en tiempos de COVID-19.

### I. Introducción

Las características propias del sistema sanitario argentino, teniendo en cuenta que se trata de un sistema fragmentado con desarticulación territorial, asimetría regulatoria y de recursos (1), y la inminencia de la enfermedad infecciosa pandémica SARS-CoV-2 (COVID-19) declarada pandemia el pasado 11 de marzo por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como consecuencia del brote originado en Wuhan (China) en diciembre de 2019 (2), han requerido por

parte de los órganos estatales una respuesta adecuada, tomando las medidas necesarias para proteger la salud de la población y responder a la emergencia de la salud pública.

Frente a las exigencias de la emergencia sanitaria, el Estado de derecho impone nuestro régimen constitucional, debiendo actuar a través de mecanismos institucionales previstos en la Constitución bajo el sistema de gobierno republicano (3).

### II. Derecho a la salud como derecho humano

En el marco de la pandemia, confirmada como una verdadera emergencia a nivel convencional y acorde al cumplimiento de los estándares humanitarios fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (4), entendemos que el Estado Nacional, en su do-

(\*) Abogada de la Universidad Católica Argentina. Obtuvo la homologación del título de Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Ayudante de la asignatura Responsabilidad del Estado de la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Austral, y coordinadora académica de la Diplomatura de Derecho de la Salud de la misma universidad.

(1) Cfr. MACEIRA, Daniel, "Morfología del sistema de salud argentino. Descentralización, financiamiento y gobernanza", *Documentos de Trabajo CEDES*, 141/2018, Ed. Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) — Fundación Preservar Salud, fecha de consulta: 13/05/2020.

(2) ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, "Orientación ética sobre cuestiones planteadas por la pandemia del nuevo coronavirus (COVID-19)", 16/03/2020, disponible en <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52142>.

(3) Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar, "¿Salud pública vs. Estado de derecho? Reflexiones sobre el estado sanitario y administrativo de excepción", *LA LEY* del 25/05/2020, 2; LLAR/DOC/1639/2020.

(4) Res. CIDH 1/2020: "Pandemia y derechos humanos en las Américas", disponible en <http://fundejus.org/wp-content/uploads/2020/04/Resolucion-1-20-es.pdf>, fecha de consulta: 20/05/2020.

ble rol de rectoría (5) y de garante (6), debe, como rector, ejercer las competencias sustantivas en materia de políticas públicas en salud y la coordinación con las autoridades provinciales y locales; y en su rol de garante debe organizar el aparato público a fin de asegurar el ejercicio de los derechos en el marco de la organización federal, a través de los tres poderes del Estado (7).

En este contexto, creemos que es importante destacar que el derecho a la salud reviste una de las mayores jerarquías entre los bienes jurídicos protegidos, y especialmente cuando involucra la dignidad humana (8). El derecho a la salud se presenta actualmente como un derecho que es a la vez individual, social, de incidencia colectiva y —por sobre todo— un derecho humano, del cual deben gozar todos los seres humanos (9).

A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud tiene fundamento constitucional en los siguientes artículos: (i) el art. 42, cuando se refiere al derecho de los consumidores a la protección de su salud en la relación de consumo (10); (ii) el art. 75, inc. 22, al dar jerarquía constitucional a los tratados internacionales

de derechos humanos, que en forma expresa protegen la salud (11); y (iii) el art. 75, inc. 23, al consagrar la obligación del Estado Nacional de proveer a la prosperidad nacional y al desarrollo humano.

Otro aspecto importante a tener en cuenta sobre la salud pública argentina es la facultad concurrente que tienen el Estado Nacional, provincial y municipal (12) respecto de garantizar el derecho a la salud, ya que, por un lado, el art. 75, inc. 23, consagra al Estado Nacional como garante de los derechos reconocidos en los tratados internacionales y en el texto constitucional y, por otro, reserva en el art. 121 las atribuciones en materia de salud a las provincias (13).

Ahora bien, en ese conjunto de normas, entra en juego la distribución de las competencias propias de un Estado federal y las de las autonomías provinciales y municipales (14).

En tiempos de COVID-19 se pone de relieve la necesidad de que el Estado Nacional, en coordinación con las diferentes jurisdicciones provinciales y municipales, garantice el derecho a la salud, a fin de hacer posible el desenvolvimiento normal de la vida social (15). En este contexto, la salud pública requiere un fede-

(5) Cf. BOMPLAND, Viviana — BOZZOLO, Alberto, “El sistema de salud argentino”, *Temas de Derecho Administrativo*, revista digital, marzo/2018, <http://aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2018/06/El-Sistema-de-Salud-Argentino.-Revista-Temas-de-Derecho-Administrativo-p.-135-marzo-2018.pdf>.

(6) *Ibidem*. El rol de garante del Estado Nacional se basa en el art. 75, inc. 23, de la CN.

(7) Cfr. BONPLAND, Viviana, “Políticas públicas en materia de salud mental, su diseño, cumplimiento y los procesos estructurales”, *DPI Cuántico*, revista digital, “Supl. Salud”, 52, 06/11/2017, <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/11/Bonpland-Salud-6.11.pdf>, fecha de consulta: 23/05/2020.

(8) Cfr. CAPUTI, María Claudia, “La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales”, *LA LEY* 2005-B, 1460; *LL AR/DOC/587/2005*.

(9) Cfr. BONPLAND, Viviana, “Políticas públicas...”, *ob. cit.*

(10) Cfr. SACRISTÁN, Estela B., “Los *smart meters* y la *smart grid*: desafíos en materia de privacidad y salud”, *Prudentia Iuris*, nro. 88, Ed. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2019, ps. 177-201, disponible en <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html>.

(11) Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4.1, 5.1, 12.3, 13.2.b), 15, 16.2 y 22.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y arts. 6.1, 12.3, 18.3, 19.3.b), 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(12) Cfr. MARCHIARO, Enrique J., “Derecho municipal y pandemia. Los municipios pueden regular de más en tanto no interfieran en el interés nacional”, *LA LEY* del 25/05/2020, 13; *LL AR/DOC/1636/2020*.

(13) Cfr. FLORES, Álvaro B., “El coronavirus y su impacto en la contratación pública”, <http://obcp.com.ar/opiniones/el-coronavirus-y-su-impacto-en-la-contratacion-publica>, fecha de consulta: 19/05/2020.

(14) Cfr. PULVIRENTI, Orlando D., “El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia”, *LA LEY* del 25/05/2020, 11; *LL AR/DOC/1173/2020*.

(15) Cfr. CROVI, Luis D., “La dignidad de los pacientes en tiempos de pandemia”, *LA LEY* del 20/05/2020, 1; *LL AR/DOC/1569/2020*.

ralismo de concertación y armonización entre jurisdicciones (16).

Estamos transitando una mutación, donde se impone una visión dinámica, flexible, abierta y en diálogo continuo entre la Nación, las provincias y los municipios. Pareciera, *a priori*, que la pandemia nos dejará una estructura más federal en el sistema de salud argentino (17).

### III. Estado de emergencia. Normativa nacional sobre contratación pública por COVID-19

La aparición del COVID-19, de carácter masivo y catastrófico, ha problematizado en muy diversos aspectos las respuestas a dar para mitigar su propagación e impacto en los sistemas de servicios de salud, dando origen a un amplio digesto normativo para hacer frente a la emergencia sanitaria (18).

Entre las principales normas que se han dictado, en primer lugar, debemos mencionar la ley 27.541 (19), que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Con posterioridad, el Poder

Ejecutivo (20) dictó el DNU 260/2020, donde dispuso la ampliación de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, por el plazo de un año. Asimismo, el Poder Ejecutivo, a través del DNU 297/2020, invocando que el país se encontraba ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes y que era necesario llevar a cabo las medidas oportunas a fin de reducir su propagación e impacto en el sistema sanitario nacional, impuso a todos los habitantes del país y a las personas que se encuentren en él en forma temporaria el aislamiento social preventivo y obligatorio (21).

Frente a este escenario, una de las herramientas a través de las cuales el Estado puede realizar acciones tendientes a prevenir y mitigar la propagación de enfermedades es la contratación pública (22).

En este marco, creemos que no se puede poner en duda que, frente a una crisis como la que estamos viviendo, los procedimientos de contratación pública deben ser seguros en cuanto a la calidad asociada a la tecnología sanitaria destinada a la salud humana; lo más eficientes en cuanto a la evidencia científica y los costos efectivos posibles; y todos los actores involucrados debieran estar alineados con ese cometido (23).

En este orden de ideas, entendemos importante destacar en el ámbito de la emergencia las consecuencias generadas en los contratos que celebra el Estado Nacional, especialmente en el ámbito de la salud. Así, a través del DNU 260/2020 se faculta al Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación, a efectuar la

(16) Cfr. GELLI, María Angélica, “La pandemia de COVID-19: Desafíos democráticos y límites constitucionales en una emergencia indiscutible”, LA LEY del 18/05/2020, 1; LA LEY 2020-C. Un ejemplo de ello es el DNU 315/2020 y el DNU 408/2020.

(17) Cfr. MARCHIARO, Enrique J., “Derecho municipal y pandemia...”, ob. cit.

(18) Cfr. AGUIRRE, María Eugenia, “Estado de emergencia sanitaria (COVID-19). DNU 297/2020”, [https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=9d51f2245863fd670038ed7dfbf0fa70&from\\_section=doctrina\\_fund](https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=9d51f2245863fd670038ed7dfbf0fa70&from_section=doctrina_fund), fecha de consulta: 18/05/2020.

(19) Cabe destacar que el art. 76 de la CN prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. Cf. GORDILLO, Agustín, p. 41, [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewj67fj7-oPnAhU0G7kGHftFAC4QFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.gordillo.com%2Fpdf\\_tomo1%2FcapituloVII.pdf&usq=AOvVaw0ahYb4xqbcw1bhgiM\\_taIr](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewj67fj7-oPnAhU0G7kGHftFAC4QFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.gordillo.com%2Fpdf_tomo1%2FcapituloVII.pdf&usq=AOvVaw0ahYb4xqbcw1bhgiM_taIr), fecha de consulta: 04/06/2020.

(20) “Siempre dentro de las fronteras de lo razonable a fin de no lesionar el Estado de derecho. La legitimidad del estado de emergencia se sustenta en la defensa y el amparo del orden constitucional”. GRILLO, Isabel M., “Legalidad y emergencia”, LA LEY 2020-C, 1; LA LEY del 15/05/2020, ps. 1 y 6.

(21) DNU 297/2020.

(22) Cfr. FLORES, Álvaro B., “El coronavirus y su impacto en la contratación pública”, ob. cit.

(23) Cfr. ATENCIO, Juan Martín, “La contratación pública y la pandemia”, <http://obcp.com.ar/opiniones/la-contratacion-publica-y-la-pandemia>, fecha de consulta: 19/05/2020.



adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración nacional. Esta razón, que justifica lo expedito del proceso, obedece a la situación de la toma de decisión sanitaria emergente (24).

En este contexto, el Poder Ejecutivo, mediante el DNU 287/2020, facultó al jefe de Gabinete de Ministros a coordinar con las distintas jurisdicciones y organismos del sector público nacional la implementación de las acciones y políticas para el adecuado cumplimiento de las recomendaciones que disponga la autoridad sanitaria nacional, en el marco de la emergencia y de la situación epidemiológica. También facultó a las jurisdicciones, organismos y entidades comprendidos en el art. 8º, incs. a) y b), de la ley 24.156 para efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia, sin sujeción al régimen de contratación de la Administración Pública Nacional (25).

A su vez, la Oficina Nacional de Contrataciones, a través de la disp. 48/2020, aprobó el procedimiento complementario al establecido en la decisión administrativa 409/2020 para las contrataciones de bienes y servicios en el marco de la emergencia pública (26). Dicha normativa dispuso que todo lo actuado, desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, deberá quedar vinculado al expediente electrónico que se genere para tramitar el procedimiento (27), permitiendo a través de los sistemas electrónicos de contrataciones una mayor transparencia y un control

(24) Cfr. YUBA, Gabriela, "Comentario al decreto 260/2020", ADLA 2020-5, 32; LL AR/DOC/1141/2020.

(25) DNU 287/2020.

(26) La disp. 53/2020 modifica la disp. 48/2020, detallando el contenido mínimo que deberán contener las invitaciones; a los fines de reforzar los principios de igualdad y transparencia, incorpora un modelo de invitación a cotizar que contiene los elementos mínimos que dicha invitación debe contener. Posteriormente, la disp. 55/2020 modificó dicho artículo y agregó más especificaciones a las invitaciones.

(27) Disp. 48/2020 de la Oficina Nacional de Contrataciones.

más efectivo por parte de los organismos pertinentes y de la sociedad en general (28).

#### IV. Medidas implementadas por el Estado Nacional en su rol de rector y garante de la salud pública

El Poder Ejecutivo ha ido implementando medidas para proteger la salud pública como derecho colectivo, evitando una mayor propagación del COVID-19 (29). Es así como el Ministerio de Salud de la Nación incorporó al régimen legal de las enfermedades de notificación obligatoria a la enfermedad COVID-19, su evolución e investigación epidemiológica, que deberán ser canalizadas a través de la plataforma informática del Sistema Nacional de Vigilancia de Salud (30).

Junto con estas disposiciones se han dictado también numerosos protocolos para la actuación ante la epidemia (31) y se han actuado, entre otras, una gran cantidad de acciones: (i) garantizar el acceso a medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitarios; (ii) coordinar interjurisdiccionalmente medidas de salud pública para restringir el desembarco de pasajeros o la circulación en todos los medios de transporte; el aislamiento de zonas; establecer restricciones de traslado (32);

(28) Cfr. ATENCIO, Juan Martín, "La contratación pública y la pandemia", ob. cit. Asimismo, la Oficina Anticorrupción, a través de la res. 5/2020, aprobó las "Recomendaciones para fortalecer la integridad y transparencia en contrataciones públicas celebradas en el marco de la emergencia por COVID-19"; y, como medida adicional, sugirió la suscripción de un Compromiso de Integridad entre los organismos públicos y el sector privado; <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rs-2020-32070752-apn-oapte.pdf>.

(29) La "Separata COVID-19" del Catálogo de Derechos y Servicios Esenciales a la Ciudadanía presenta una descripción de los servicios y regulaciones más relevantes que el Estado argentino desplegó en función de la situación de pandemia; [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/servicios\\_coronavirus\\_22052020-actualizacion\\_pdf.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/servicios_coronavirus_22052020-actualizacion_pdf.pdf).

(30) Res. 680/2020 del Ministerio de Salud.

(31) Res. 627/2020 del Ministerio de Salud de la Nación. Véase también Protocolos y Recomendaciones del Ministerio de Salud: <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/protocolos>.

(32) Ver res. conj. 3/2020 del Ministerio del Interior y del Ministerio de Transporte sobre traslado excepcional;

(iii) articular medidas de prevención, atención, contención y mitigación para dar respuesta al COVID-19 (33); (iv) coordinar interministerialmente a fin de articular las acciones correspondientes con cada uno de los Ministerios (34); (v) autorizar con carácter excepcional la prescripción de medicamentos que se utilicen bajo receta, excluidos los estupefacientes, en formato de mensaje de texto o mensajes vía web o *e-mail* (35); (vi) recomendó que, durante el plazo del aislamiento social, preventivo y obligatorio, los agentes del seguro de salud y las entidades de medicina prepaga deberán implementar y fomentar el uso de plataformas de teleasistencia y/o teleconsulta, a fin de garantizar las prestaciones de demanda esencial (36).

## V. Tiempos de consenso en tiempos de COVID-19

Un sistema fragmentado y complejo, como es el sistema de salud argentino, requiere —justamente en ocasión de pandemia— una solución integrada como marca principal del cambio. Basta con ver las conductas económicas similares en las Américas. En un entorno como la enfermedad de COVID-19, la sistematización de una solución consensuada se torna un im-

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=336976>.

(33) Por dec. 301/2020 se dispuso que las exportaciones de aparatos de oxigenoterapia, sus partes y accesorios, deben tramitar un permiso de exportación a ser emitido por el Ministerio de Desarrollo Productivo, con la necesaria intervención del Ministerio de Salud. En igual sentido, por dec. 317/2020 se estableció idéntico tratamiento para ciertos productos o bienes que requerirá el sistema de salud para afrontar la situación sanitaria, como alcohol, medicamentos, aparatos de diagnóstico, elementos de protección, respiradores y oxigenadores, entre otros. Y por dec. 405/2020 se entendió necesario ampliar el universo de bienes alcanzados por el dec. 317/2020, a los fines de que la población pueda tener garantizado el acceso a ellos. También ver dec. 333/2020.

(34) La res. conj. 1/2020 del Ministerio de Salud y del Ministerio de Desarrollo Productivo estableció los insumos críticos sanitarios necesarios.

(35) Res. 696/2020 del Ministerio de Salud. Por la res. 281/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud se estableció que se deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar la provisión de medicamentos.

(36) Res. 282/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud.

perativo de eficiencia para dar respuesta a las necesidades de todos los subsistemas: público (nacional, provincial y municipal), de la seguridad social (obras sociales nacionales, obras sociales provinciales, de las fuerzas armadas y de seguridad y universitarias) y privado, compensando las capacidades diferentes que aquellos presenten y manteniendo una conducción federal coordinada (37).

Pareciera que en el sistema sanitario argentino un nuevo horizonte se asoma para quedarse. Un ejemplo de ello es la res. 695/2020 del Ministerio de Salud, en la cual se estableció que las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras de ventiladores mecánicos invasivos no podrán hacer entrega de unidades sin previa autorización expresa del Ministerio de Salud, independientemente de la existencia de orden de compra, contrato u obligación de cualquier naturaleza que hubieran contraído; lo establecido está motivado por un criterio de distribución federal, la evolución de la pandemia de COVID-19 y la infraestructura disponible en los establecimientos de atención de la salud del sector público, privado, de la seguridad social, de los establecimientos de las fuerzas armadas y de seguridad y de las universidades nacionales (38).

Anhelamos así el surgimiento de un nuevo escenario, con una agenda de transformación y concertación que defina con más precisión un esquema explícito de responsabilidades y una coordinación de división de trabajos entre los tres subsistemas (39), alineados con los objetivos sanitarios nacionales.

“La construcción de un modelo de cobertura universal con una homogenización de reglas, que faciliten la mejor asignación de recursos, potenciando la calidad de los servicios brindados y la equidad en su acceso. La persistencia del modelo fragmentado habilita una hoja de

(37) Cfr. MACEIRA, Daniel, “Morfología del sistema de salud argentino...”, ob. cit.

(38) Res. 695/2020 del Ministerio de Salud.

(39) Cfr. CETRÁNGOLO, Oscar — GOLDSCHMIT, Ariela, “Las obras sociales y otras instituciones de la seguridad social para la salud en Argentina. Origen y situación actual de un sistema altamente desigual”, CECE, julio/2018, fecha de consulta: 27/05/2020.

ruta, a partir de consensos básicos, que hagan del enunciado de la garantía del acceso a la salud una realidad observable para cualquier habitante del país” (40).

## **VI. La contratación pública y los principios previstos en el art. 3º del dec. 1023/2001**

El DNU 287/2020 atribuyó al jefe de Gabinete de Ministros la facultad de establecer los principios y pautas que regirán el procedimiento de contrataciones de bienes y servicios en el contexto de la emergencia decretada. En el marco de dicha facultad, la decisión administrativa 409/2020 regula el procedimiento contractual y dispone que se deberán aplicar los principios generales previstos en el art. 3º del dec. 1023/2001, entre los cuales se encuentran: la razonabilidad del proyecto y la eficiencia de la contratación; la concurrencia y competencia; la transparencia; la publicidad y difusión de las actuaciones; la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos; y la igualdad de trato para interesados y oferentes (41).

La contratación pública es uno de los ámbitos en donde mejor se refleja, en la actualidad, el proceso de formación y desarrollo de los llamados nuevos derechos y principios. Creemos que se trata de una puesta en valor que se concreta al pregonar la aplicación de los principios generales del derecho, además de ser un imperativo que toda contratación administrativa debe enmarcarse en los principios de transparencia, publicidad y difusión, buena fe, libre competencia, igualdad y concurrencia, eficiencia, eficacia, economía, sustentabilidad, etc., a fin de garantizar el interés público comprometido (42).

(40) Cfr. MACEIRA, Daniel, “Morfología del sistema de salud argentino...”, ob. cit.

(41) Dec. 1023/2001.

(42) Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, “La ilegitimidad de las contrataciones administrativas celebradas al amparo de un exceso reglamentario en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *www.infojus.gov.ar*, SAIJ DACF150340, 04/05/2015, p. 2, <http://www.saij.gov.ar/bettina-fernandez-ilegitimidad-contrataciones-administrativas-celebradas-al-amparo-exceso-reglamentario-ambito-ciudad-autonoma-buenos-aires-dacf150340-2015-05-04/123456789-0abc-defg0430-51fcanirtcod>, fecha de consulta: 15/05/2020.

Entendemos que los contratos administrativos, especialmente en tiempos de emergencia, deben ser examinados a la luz de los principios generales, debiendo garantizar el debido uso de los recursos públicos, lo que nos obliga a establecer y seguir procedimientos debidamente documentados y transparentes, para hacer posible su control posterior (43).

Del modo expuesto, en tiempos de emergencia por COVID-19 no es dispensable para la Administración cumplir o no con la norma; es un imperativo que delimita el curso de su accionar (44).

## **VII. Los principios de razonabilidad y de buena administración en la gestión de los contratos administrativos en tiempos de COVID-19**

Entendemos que cobra una especial trascendencia el principio de razonabilidad en tiempos de emergencia como el que estamos viviendo (45). Así, la razonabilidad como principio de la gestión de las contrataciones encuentra su fundamentación en el art. 28 de la CN (46).

En esta línea de ideas, entendemos que el principio de razonabilidad deberá tenerse presente a fin de permitir alcanzar el objetivo tenido en cuenta en la celebración del contrato (47). Así, desde el inicio de la contratación

(43) Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando, “Lecciones de derecho administrativo”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., ps. 357-370.

(44) Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, “La ilegitimidad de las contrataciones administrativas...”, ob. cit., p. 2.

(45) El principio de razonabilidad rige todas las etapas del contrato administrativo, desde su gestación y desarrollo hasta su extinción, procurando que el objeto del contrato sea adecuado a las necesidades del interés público. Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Principios de la contratación administrativa”, RDA del 01/02/2013, 137; RDA 2013-85; AP AP/DOC/4931/2012.

(46) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., ps. 400-401.

(47) “Las medidas a adoptar en situaciones de excepcionalidad, deben guardar un adecuado y ponderado equilibrio entre los motivos y los fines que le han dado origen en relación con los medios puestos en juego para alcanzarlos”. BEE SELLARÈS, Marcelo, “Poder de

hasta su ejecución, toda cuestión vinculada con la contratación deberá ajustarse sobre la base del principio de razonabilidad, para poder cumplir con su finalidad, al estar involucrado el interés público **(48)**.

Otro de los principios relevantes es el principio de buena administración, reconocido en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 46 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano con relación a la Administración Pública, la cual fue aprobada por el Consejo Directivo del CLAD **(49)**.

policía y emergencia sanitaria: COVID-19”, LA LEY del 25/05/2020, 16; LL AR/DOC/1243/2020.

(48) Cfr. FANELLI EVANS, María Agustina, “Mitos y verdades sobre el principio de razonabilidad”, en *Derechos, Garantías y Potestades en los Contratos Públicos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014, ps. 384-385. En síntesis, podemos concluir que los principios generales del derecho y —en este caso en particular— el principio de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos surgieron con el propósito de limitar el poder del Estado e indicarle a la Administración Pública lo que no puede hacer, a fin de impedir los abusos públicos. Cfr. CIANCIARDO, Juan — SACRISTÁN, Estela B., “El caso ‘Avico’ y sus ecos, ochenta años después”, LA LEY del 28/04/2014, 1; LA LEY 2014-C, 635; LL AR/DOC/1194/2014.

(49) Cfr. PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial (ley 26.944 comentada)”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., ps. 214-231. Lo novedoso de este precepto es que introduce el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos a favor de los ciudadanos, como contrapartida del deber de la Administración de llevar a cabo los asuntos en forma imparcial y equitativa, dentro de un plazo razonable. El incumplimiento de esos deberes por parte de la Administración podría generar derechos exigibles por los ciudadanos ante el Poder Judicial. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios...”, ob. cit., p. 429. Si bien el principio de buena administración no tiene recepción expresa en el ordenamiento jurídico argentino, el CLAD lo ha reconocido. Por otro lado, la gran mayoría de las nociones que integran este principio sí tiene recepción constitucional, legal o reglamentaria en nuestro derecho. Resulta alentador observar esta nueva categoría de principios, porque entendemos que se puede plasmar en un ejercicio útil para mejorar o completar el abanico de derechos y garantías existentes (cfr. CORVALÁN, Juan G., “¿Qué es el derecho a la ‘buena administración’?”, *DPI Cuántico*, revista digital, [http://www.dpicultico.com/wp-content/uploads/2014/12/administrativo\\_doctrina2014-12-02-2.pdf](http://www.dpicultico.com/wp-content/uploads/2014/12/administrativo_doctrina2014-12-02-2.pdf)).

En este contexto de emergencia, los administrados tienen especialmente derecho a determinadas exigencias en el cumplimiento de la actividad del Estado. Y, a su vez, la Administración está obligada a distinguirse en su actuación por el servicio objetivo al interés general **(50)**.

El principio de buena administración tiene, sin duda, una innegable proyección sobre los contratos administrativos, como parte de la actividad administrativa. Así, la buena administración —señala Durán Martínez— significa:

“Elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo, pero también actuar con transparencia y probidad” **(51)**.

La doctrina mayoritaria considera que la garantía aquí custodiada exige un régimen adecuado para el buen funcionamiento de la Administración y, por ende, el correcto desenvolvimiento de la función administrativa **(52)**.

Desde la realidad del COVID-19 es posible la disposición permanente a corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más a fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública **(53)**. Así, observamos que el principio de buena administración se integra y complementa con la totalidad de los principios generales del derecho administrativo, principios que permiten ser concretados a través de una serie de derechos subjetivos, que persi-

(50) Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 6, Bogotá, 2013, ps. 23-56.

(51) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Principios de la contratación administrativa”, ob. cit.

(52) Cfr. CANOSA, Armando N., “La tutela administrativa efectiva y las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, RDA del 01/02/2014, 3; RDA 2014-91; AP AP/DOC/3009/2013.

(53) Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La buena administración...”, ob. cit., ps. 23-56.

guen la armonización y la unidad del sistema jurídico (54).

A modo de cierre, creemos importante poner en valor la prudencia jurídica, destacando que en tiempos de pandemia como la que estamos viviendo no se podrá recurrir directamente al *status* abstracto de un derecho, sino que se deberá decidir cada caso en concreto, viendo su contexto normativo y las circunstancias particulares, para poder evaluar en cada situación cuál es la justicia del caso (55), es decir, la

---

(54) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios...”, ob. cit., ps. 430-433.

(55) Cfr. TOLLER, Fernando, “Los derechos *in concert*. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras

determinación del justo concreto en un caso dado, teniendo en consideración los medios legales disponibles para resolverlo y, en particular, los principios aplicables en esa situación concreta (56).

---

en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en CIANCIARDO, Juan, *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teorías y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, Ed. Porrúa, México, 2012, ps. 128-129.

(56) Cfr. FELDTMANN, Federico M., “Proporcionalidad y prudencia. Reflexiones sobre el derecho inteligente y práctico”, tesis de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., p. 52, <https://www.austral.edu.ar/derecho/wp-content/uploads/2019/03/cuaderno-14-federico-feldtmann.x99159.pdf>, fecha de consulta: 02/06/2020.



# Contratación de emergencia de obras públicas: situación actual y perspectivas (\*)

Marcos Serrano (\*\*)

**Sumario:** I. Agradecimientos.— II. Introducción.— III. Normativa relativa a las contrataciones públicas en materia de COVID-19.— IV. Situación actual.— V. Perspectivas.

## I. Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecer a las autoridades de la Universidad Austral, al Dr. Jorge Albertsen y a la Dra. Miriam Ivanega. También a la Red Internacional de Observatorios de Contratación Pública [Observatorio de Contratación Pública de España, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale Sugli Appalti Pubblici de la Università Di Trento y Observatorio de Contratación Pública (OCP) de la Universidad Austral], en particular al Dr. Jorge Muratorio, no solo por la invitación a participar de este prestigioso *webinar* internacional, sino que celebro el esfuerzo por fomentar y organizar este tipo de encuentros virtuales con amigos del mundo en este difícil momento que estamos atravesando todos a causa de la pandemia de COVID-19.

## II. Introducción

Escuché con mucha atención lo expuesto por los disertantes que me precedieron, como así

---

(\*) El presente apunte es el resultado de la desgrabación de la conferencia brindada en el marco del *webinar*: “Análisis de la incidencia de la crisis sanitaria COVID-19 en la contratación pública. Una visión comparada UE-LATAM”.

(\*\*) Abogado (UBA). Subdirector de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública de la Universidad Austral. Vicepresidente del Centro de Investigación para la Contratación Administrativa y la Regulación Económica (CICARE). Miembro del Consejo Académico del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral. Profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza. Profesor de posgrado en la Universidad Austral y en la Universidad Católica de La Plata.

también los encuentros anteriores, y llegué a la conclusión de que en todos los países estamos atravesando algo similar en materia contractual.

En este sentido, me permito resaltar que en nuestro país se suma una particularidad, que no es menor, y es la gran extensión territorial.

Por ello, no todas las provincias están afectadas de la misma manera. Y esto trae como consecuencia, en lo que al seminario concierne, que las obras públicas federales que se están llevando a cabo en distintas provincias tienen distinto grado de afectación.

## III. Normativa relativa a las contrataciones públicas en materia de COVID-19

En lo que respecta a la normativa, quiero invitarlos a que veamos un normograma de contrataciones públicas en materia de COVID-19 que confeccioné (1).

Como vemos, se ha dictado una gran cantidad de normas relativas a las contrataciones públicas. Muchas de ellas se han desarrollado en las distintas disertaciones de este *webinar*; por lo tanto, y toda vez que excede el objeto de este comentario, y por razones de tiempo, me remitiré a lo ya expuesto por mis colegas, mencionando solo las principales y las que de una u otra manera impactan en los contratos de obra pública.

---

(1) Ver normograma en <https://drive.google.com/file/d/1IpzHoDz7UdO1br5meDLIP9959Kv8i5Lz/view?usp=sharing>

En este contexto, podemos mencionar como norma primaria el DNU 260/2020 (2) dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, el cual amplió por el plazo de un año la emergencia pública “en materia sanitaria” declarada en la ley 27.541, dictada a fines del año pasado.

Posteriormente, frente a esta situación, el gobierno nacional decretó el “aislamiento social preventivo y obligatorio” a través del dictado del DNU 297/2020.

Este fue prorrogado por el DNU 325/2020, y posteriormente por los DNU 355/2020, 408/2020, 459/2020 y 493/2020; y “ayer por la tarde escuchamos al presidente informar que se prorrogará el aislamiento hasta el 28 de junio” por “sucesivas prórrogas” presidente (3).

Si bien diversas actividades que se vinculan directa o indirectamente con contratos públicos (4) (p. ej., el personal de la obra pública) se encuentran exceptuadas del cumplimiento del aislamiento, es inevitable que dichas medidas repercutan en la actividad y particularmente en dichos contratos, aunque se encuentren exceptuados.

Sin dudas, el objetivo primario es cuidar la salud de la ciudadanía, pero no debemos minimizar los perjuicios económicos que se generan como consecuencia de la paralización del mercado producto de estas medidas, como ha pasado en el mundo.

---

(2) BO del 12/03/2020.

(3) Al momento del seminario no se había dictado el dec. 520/2020 del 08 de junio, por el que se prorroga el “aislamiento social preventivo y obligatorio hasta el 28 de junio”.

(4) El DNU 297/2020, en su art. 6º, exceptuó al personal afectado a obra pública (inc. 10), recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos (inc. 16), mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias (inc. 17), transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP (inc. 18). La decisión administrativa 450/2020, en su art. 1º, exceptuó la “venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones” (inc. 1º), en tanto que la decisión administrativa 468/2020 exceptuó a la obra privada de infraestructura energética.

#### IV. Situación actual

Tal como resaltamos anteriormente, conforme a la normativa vigente, el personal de la obra pública se encuentra exceptuado del cumplimiento del aislamiento; sin embargo, ello contrasta visiblemente con la realidad, ya que del universo de los contratos de obra pública muchos se encuentran afectados y suspendidos. A mi entender, por dos motivos:

a) El primero, material: imposibilidad de ir a la obra, inconvenientes en el acopio de materiales, falta de protocolos, etcétera.

b) Financieros y económicos del propio contrato, derivados de la devaluación de la moneda, falta o atrasos en los pagos, falta de financiamiento, entre otros.

c) Y podríamos agregar uno más, que denomino la triple “i”: incertidumbre, inseguridad e imprevisibilidad.

Aquí me quiero detener, porque es donde comienza el problema —que en la mayoría de los casos se convierte en un círculo vicioso—: la situación de emergencia genera inseguridad jurídica, y la inseguridad jurídica genera un escenario contractual de emergencia.

Cuando nos referimos a seguridad jurídica estamos hablando principalmente de previsibilidad; sin previsibilidad —lo cual incluye no contar con un mapa de control de riesgos— difícilmente se pueda proyectar un horizonte productivo, y mucho menos obtener financiación para la ejecución de proyectos (sean públicos, privados, nacionales o internacionales).

Retomando el normograma (5) expuesto al inicio, podemos señalar que se dictaron varias normas para los procedimientos de contratación en situación de emergencia, pero tenemos una falta de normativa regulatoria para la ejecución de los contratos en curso.

Creo que excede este comentario dilucidar y analizar si es aplicable la teoría de la imprevisión.

---

(5) Ver normograma en <https://drive.google.com/file/d/1IpzHoDz7UdO1br5meDLIP9959Kv8i5Lz/view?usp=sharing>

sión, el caso fortuito o fuerza mayor, o si deviene en un hecho del príncipe.

Tenemos que trabajar para lograr una solución armoniosa, y no que la crisis y la emergencia nos lleven a litigar en tribunales durante años.

En momentos de crisis es cuando mayor diálogo se necesita entre comitente y contratista. El Estado debe tomar un rol preponderante y utilizar los contratos como instrumento para satisfacer las necesidades de las personas. Se trata del tanpreciado bien común.

## V. Perspectivas

En virtud de lo expuesto, y en orden al tema asignado para el comentario, creo oportuno efectuar un *punteo de ideas o perspectivas* como herramientas para afrontar la crisis contractual.

— *Protocolos*: en primer lugar, tenemos que trabajar en la elaboración de protocolos sanitarios para la reactivación de obras.

— *Elaborar un proyecto de ley*: tal vez sea necesario el dictado de un decreto de necesidad y urgencia sobre emergencia económico-financiera, que incluya la emergencia contractual pública. Recordemos que en nuestro país contamos con antecedentes, como la ley 23.696 del año 1989, conocida como “Reforma del Estado”, y la ley 25.344 del año 2000, también denominada de Emergencia Económico-Financiera.

Actualmente, en la provincia de Buenos Aires se dictó el dec. 304/2020, denominado “Reglamentación única en materia de contratación de emergencia”.

— *Fijar un plazo*: por un año prorrogable o mientras dure la situación de emergencia sanitaria. La emergencia tiene que ser temporal.

— *Crear un Comité de Gestión de Crisis*: que tenga facultades de revisión de la totalidad de los procesos que se encuentren en trámite o en curso de ejecución referentes a compras y contrataciones de bienes, servicios, suministros, obra pública, concesiones y permisos, que actuará en coordinación con los organismos y entes contratantes.

— *Dictar un procedimiento para*:

A) *Las contrataciones de emergencia*: procesos que garanticen celeridad, eficiencia y transparencia.

B) *Las contrataciones vigentes*:

*Suspensión y prórroga*: solo tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que fehacientemente probare haber incurrido con motivo del contrato. Muchas veces no hay documentación expresa de estos hechos, se carece de actas.

*Rescisión*: por acuerdo de partes, sin penalidades ni reclamo de daños y perjuicios.

*Continuación del contrato*:

i) *Renegociación*: continuación de la obra, o ejecución del contrato, previo acuerdo entre comitente o contratante y contratista que se inspire en el principio del sacrificio compartido por ambas partes contratantes.

ii) *Novación, beneficio compartido (6)*: la facultad de modificar sustancialmente, de manera razonable y excepcional, las condiciones y obligaciones de los contratos en ejecución. Implicaría, en otras palabras, ejercer una prerrogativa excepcional y temporaria que permita la reconducción o transformación de las obligaciones del contrato para los fines inmediatos de la emergencia social, dando origen a nuevas obligaciones dentro de aquel, todo ello mientras dure la situación de emergencia sanitaria. En el encuentro anterior, el profesor Gimeno Feliu se refirió a la reinterpretación funcional de los contratos.

— *Participación de los organismos de control juntamente con el Comité*: integrado por el presidente de la AGN, el síndico general, el procurador del Tesoro, un representante de la Cámara de Construcción y otras Cámaras comprometidas.

(6) Concepto ya tratado en SERRANO, Marcos S., “Contratación pública en situación de emergencia: Novación del contrato y beneficio compartido”, Ed. Rubinzal-Culzoni, RC D 1728/2020, disponible en <https://www.rubinzalonline.com.ar/>.

— *Creación de un Tribunal Administrativo Arbitral*: es imprescindible que la Argentina adopte una nueva orientación política e institucional a futuro en materia de obra pública e infraestructura.

— *Creación de un fuero Arbitral* (tres salas de tres): para todos los contratos de infraestructura, con financiamiento nacional o internacional, del Tesoro o privada, es decir, con jurisdicción amplia en la materia.

El Comité de Crisis (también puede ser a pedido de parte) puede remitir temas contradictorios al Tribunal Arbitral.

Para finalizar, hay un proverbio que dice que de toda crisis nacen oportunidades; pues que así sea, y tomemos impulso para elaborar y generar compras públicas más transparentes, eficientes, inclusivas y protectoras del medio ambiente.

# Coronavirus, dignidad humana y contratos públicos

Fabrizio Fracchia (\*)

**Sumario:** I. Coronavirus, jerarquía de los intereses y soberanía.— II. Coronavirus y contratación pública: ¿qué globalización?— III. Coronavirus y reinterpretación funcional de la disciplina sobre contratos públicos: una posible indicación teórica.— IV. Algunas propuestas concretas para el futuro.

## I. Coronavirus, jerarquía de los intereses y soberanía

La experiencia dramática de la pandemia que ha afligido al mundo entero confirma el hecho de que, frente al riesgo que mina los fundamentos de un ordenamiento, el derecho y la política reaccionan organizando una respuesta institucional que refleja la jerarquía de los valores esenciales para la supervivencia.

En particular, las emergencias y los problemas tan graves que ponen en peligro un orden social obligan a disponer en una escala descendente los intereses, situando en la cima la salud del hombre y, más en general, las exigencias de la persona.

Las decisiones públicas que hemos visto adoptar en estos meses reflejan exactamente (según una línea de progresión, que se mueve de una primera fase, en la que afloran reglas *soft* y recomendaciones de alto nivel, para llegar a la imposición de prescripciones vinculantes y siempre más *hard*) esta perspectiva.

---

(\*) Catedrático de Derecho Administrativo, en la Universidad Bocconi de Milán. Director de la revista *Il Diritto dell'Economia*. Ha desarrollado actividad de investigación o de docencia en Granada, en la Universidad de San Pablo, en Curitiba, en Paris Panthéon-Assas, en la School of Law — Universidad de California — Berkeley, en el Trinity College de Dublín, en la Universidad de Manchester, en la Universidad de Oxford, en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad de La Plata, en la Universidad de Reading, en la School of Law — George Washington University — Washington DC. Autor de numerosas obras de derecho administrativo general, procesal y de medio ambiente.

El primer objetivo, al menos en la fase más aguda de la crisis, es garantizar la salud y frenar la difusión del virus SARS-CoV-2; ello implica una relativización de otros intereses y valores, incluidas las exigencias del mercado o de la gestión de los presupuestos; se endurecen y centralizan las competencias; resulta superfluo todo lo que no es instrumental para alcanzar el objetivo.

Luego tuvimos que reflexionar sobre (y tomar conciencia de) la fragilidad de las sociedades (también) modernas y (también) democráticas.

Estas, que se caracterizan por una globalización desenfadada, se han revelado débiles y muy vulnerables precisamente frente a un problema global.

La respuesta más inmediata ha sido clara y evidente, demostrando la necesidad persistente de que el Estado esté permanentemente organizado (o, al menos, se organice rápidamente) para hacer frente a las amenazas externas e internas, preparando estructuras y diseñando cadenas de mando que reflejen los valores y principios a menudo olvidados en las últimas décadas por las sociedades occidentales (afortunadamente y con razón, pero quizás demasiado apresuradamente), caracterizadas por la proliferación de derechos y libertades.

Estos aspectos han sugerido a muchos un acercamiento entre la pandemia y las situaciones de guerra.

La categoría jurídica (mejor: la realidad jurídica) que en todo caso ha surgido con prepo-



tencia, aunque no de manera exclusiva, está constituida por la soberanía del Estado.

Los ciudadanos asustados, en tiempos de extrema necesidad, miran y esencialmente han mirado al Estado, al menos entendido como marco normativo en el que colocar los diversos empujes y las distintas iniciativas institucionales y, cuando menos en el plano de los deseos, como momento de síntesis de los procesos políticos y jurídicos: todo esto significa simplemente una vuelta a la “soberanía”.

## **II. Coronavirus y contratación pública: ¿qué globalización?**

Esta reflexión general podría parecer muy lejana de la temática que ha constituido el objeto de la serie de *webinars* de la contratación pública.

Pero no es así.

Partiendo del último punto al que se ha hecho referencia (la centralidad de la soberanía), por ejemplo, no hay quien no vea cómo parece recesiva la tesis de quien, también culturalmente, anhela la superación de la soberanía misma y su disolución/atenuación en (o sustitución por) un orden global técnico, concebido como el “deber ser”.

La experiencia dramática que aún estamos viviendo, de hecho, ha confirmado que no da en el blanco la perspectiva según la cual la solución a problemas globales pasaría por la aplicación de normas o decisiones globales o, a un nivel diferente, solo europeas.

Ciertamente se puede esperar, quizás señalando que su soberanía se ha visto afectada en los últimos años, que el Estado debería retroceder; sin embargo, esto no ha ocurrido y, sobre todo, el marco regulador ultraestatal ha desempeñado un mero papel secundario; sus expresiones normativas, además, siguen siendo filtradas por el velo de la soberanía; y sus decisiones no han sido hasta ahora determinantes.

Todo esto, como se anticipaba, se refiere también al tema de la negociación pública en la época del coronavirus.

En efecto, incluso abordando el tema con independencia del problema de la pandemia, a no ser que más de la mitad del mercado mundial de la contratación pública esté desprotegido frente a la competencia global, a causa de las medidas proteccionistas que muchos países han introducido, frente a un mercado de contratación potencialmente global y una posible regulación global de aquellos, el jurista no puede dejar de preguntarse cuál es el nivel real de “globalización” alcanzado en los dos frentes (mercado y normas).

¿Se trata de áreas equivalentes? ¿Se puede hablar incluso de un mercado abierto a todos y regido por las mismas normas?

Parece que la respuesta correcta deba ser pesimista.

Muchas barreras a la competencia global permanecen firmemente levantadas en vastas regiones, aún blindadas a la entrada de operadores extranjeros.

En el frente más específico de las reglas, el objetivo de una verdadera y homogénea disciplina común, como se quiera enfocar, queda aún lejos. La cobertura ofrecida por las normas comunes, de hecho, es bastante limitada. No solo eso; allí donde existen, aunque orientadas a la apertura de los mercados y portadoras de indudables ventajas, fácilmente comprensibles al poner casos no cubiertos por acuerdos internacionales, también pueden ser leídas como generadoras de sub-barreras. Sin mencionar el hecho de que los acuerdos multilaterales son, por su propia naturaleza, sectoriales (debido a la exigüidad de los países miembros: China, p. ej., no forma parte del GPA), es decir, las normas ultraestatales funcionan normalmente en virtud de institutos “limitantes”, como los umbrales de valor, la tipificación de los sujetos o —como sucede con las *Guidelines* del Banco Mundial— de los contratos implicados, una vez superada la dificultad, a veces, de encontrar un juez independiente para las controversias.

Lo observado, volviendo a nuestro tema, es aún más evidente en el período de crisis pandémica, y, por otra parte, existe una razón más profunda en la base de esta realidad.

Como se ha anticipado, el primer nivel que desea y debe intervenir a efectos de garantizar la supervivencia de la sociedad amenazada por una gravísima crisis es el Estado (a nivel sanitario, para proteger la salud de los ciudadanos; a nivel económico, en defensa del trabajo y del tejido empresarial) y, dentro del Estado soberano, el sector más expuesto lo constituye la Administración.

El primer “rostro” del Estado que el ciudadano y las empresas han encontrado durante la pandemia, la Administración Pública, ha aplicado sustancialmente un derecho doméstico de los contratos públicos.

Se trata de una elección casi natural con respecto, por ejemplo, a la perspectiva de una intervención de organizaciones supranacionales.

Más generalmente, de hecho, solo en los Estados encuentra suficiente savia ese circuito esencial de la legitimación democrática que emerge con toda la propia relevancia precisamente en los períodos de crisis. La soberanía sin una nítida legitimación democrática es un binomio insostenible en el mundo occidental, y ello contribuye a explicar por qué el nivel regulatorio o decisorio supranacional puede afectar a la mayoría de los perfiles secundarios.

También la comparación, pues, tan brillantemente y en profundidad realizada durante nuestros encuentros, poniendo de relieve asonancias y diferencias, se configura sobre todo como instrumento esencial para conocer mejor también el propio sistema, más que como mecanismo para iniciar la construcción de un derecho global.

Ello no significa en modo alguno disminuir la importancia de la comparación; esta actitud cultural y científica, más bien, sin hibridaciones innecesarias, obliga a poner en valor una de las funciones esenciales, la cognitiva, sin embargo, muy útil para el estudio.

### **III. Coronavirus y reinterpretación funcional de la disciplina sobre contratos públicos: una posible indicación teórica**

Conviene ahora volver al perfil arriba señalado (*supra*, apart. I), aquel relativo al hecho de

que la crisis ha impuesto la jerarquización de los intereses del ordenamiento, colocando en su vértice la salud del hombre y, más en general, las necesidades de la persona.

Esta lección (quizás a veces olvidada en el pasado) probablemente condicionará también el futuro de nuestros ordenamientos, cual legado de la experiencia traumática que la humanidad ha vivido, que nos vincula también como forma de respeto hacia aquellos que han luchado (pienso en el personal sanitario) duramente, hasta sacrificar lamentablemente la vida, en los días más oscuros y dramáticos de la propagación de la pandemia.

Esto es aplicable a la política: en Europa, probablemente, llegarán a los Estados recursos económicos que deberán ser gestionados de forma correcta y moralmente justa, para garantizar sobre todo la dignidad de las personas más vulnerables.

Vale también para nosotros los juristas: mercado, PIB, globalización y trabajo son, y continuarán siendo, esenciales, pero deberán situarse al servicio del hombre, no al revés. También los modelos teóricos elaborados por los estudiosos del derecho deberán considerar este aspecto.

Todo ello tiene una repercusión incluso en el sector de los contratos públicos, imponiendo una suerte de reinterpretación funcional de la relativa disciplina.

Para comprender mejor este paso, mirando a Italia (pero se encuentran analogías significativas en otros países, sobre todo de la Unión Europea) y la evolución de la normativa, cabe recordar que, en los últimos años, se ha asistido a una suerte de hiperconsideración del valor de la competencia en el marco de la regulación de los contratos públicos. Instituciones como el uso y las concesiones, por ejemplo, han cambiado su fisonomía original precisamente por la necesidad de garantizar la apertura a la competencia.

En verdad, no han faltado en el pasado recientes voces que recordaban cómo la perspectiva de la mejora o valorización de la competencia no debía exagerarse. Entre tanto, sobre el significado de la competencia hay que entenderse:

mientras en el plano interno (en particular, en Italia) la competencia se perfila originariamente como una situación subjetiva de libertad individual, el derecho de la Unión Europea expresa predominantemente un “modelo de relaciones económicas y jurídicas”, situando la apertura del mercado y la libre competencia como premisa para el desarrollo de las libertades y asignando la protección de la competencia a las autoridades e instituciones. La libertad de iniciativa privada de la empresa, pues, se evapora en una competencia objetiva y calibrada por el ordenamiento.

El interés competitivo, además, se articula y, en cierto modo, se fragmenta y se complica (piénsese en la protección de las pequeñas y medianas empresas).

Sobre todo, también en el tejido normativo europeo, han surgido poderosamente otros intereses: pensemos en la protección del medio ambiente, que incluso lleva a hablar de *green public procurement*, y en las necesidades sociales.

Un interés, todavía diferente y, sin embargo, muy fuerte, que aflora invirtiendo incluso el sector de los contratos es el de la transparencia y la lucha contra la corrupción, valorizado en Italia por la ley 190, de 06/11/2012 (Ley Anticorrupción), y por el dec. leg. 33/2013, de 14/03/2013.

Por último, también y sobre todo a causa de la crisis que también golpeó a Europa e Italia en el 2008, otro interés se refuerza entre los otros de un modo siempre más evidente en el marco de la disciplina contractual: se trata de la exigencia de garantizar el buen uso de los recursos públicos. Basta con citar, al respecto, el consid. 2º de la reciente Directiva 2014/24/UE, que afirma que “Las directrices anteriores deben revisarse y actualizarse para aumentar la eficiencia del gasto público”.

Volviendo al eje principal del discurso —y, por tanto, a la crisis generada por el coronavirus—, parece que se puede afirmar que un ulterior y primario interés se haya impuesto ahora (o se haya desvelado más claramente), el relativo a la dignidad del hombre, que debería inervar el marco regulador de los contratos públicos.

Antes incluso que un instrumento para proteger la competencia, el medio ambiente, el buen uso de los recursos públicos, el interés por contrarrestar la competencia, quiero decir, el instrumento contractual debe ser servicial al hombre.

Se perfila así un interesante ámbito de investigación para los juristas, quizás todavía por descubrir y por recorrer en profundidad.

Son evidentes las consecuencias que pueden derivarse de la adopción de este enfoque, que valoriza, aún más que en el pasado, el papel estratégico (en relación con el ser humano) de los contratos públicos.

Piénsese por ejemplo en las obras públicas: ellas deben ser concebidas prioritariamente como instrumentos para proporcionar a lo largo del tiempo servicios y utilidad a las personas, y no solo y no tanto como (patológicamente) ocasiones de corrupción o como (fisiológicamente) posibilidades de competencia entre las empresas.

No solo: el criterio del precio más bajo debería ir dejando paso al de la oferta económicamente más ventajosa.

Cabe considerar sobre todo el cambio cultural que deriva del hecho de ver en las operaciones contractuales no ya un mero uso de dinero, sino una inversión esencial.

La experiencia del pasado debe advertirnos sobre el riesgo de elevar de manera simplificada este interés (particularmente evidente en épocas de crisis) al rango de supervalor siempre ganador (como en parte ha acontecido en el ámbito de la competencia). En una perspectiva casi hegeliana, es preferible reconocer que los ordenamientos tienden a investigar continuamente nuevos equilibrios (en función de síntesis) entre todos los valores expresados por el derecho, superándolos en una nueva síntesis, en lugar de descartarlos. Sin embargo, ese valor no debería en modo alguno ser olvidado o desechado en los análisis jurídicos.

#### **IV. Algunas propuestas concretas para el futuro**

En primer lugar, esta perspectiva puede utilizarse como clave de lectura para analizar lo que ha ocurrido en los últimos meses.

Hemos asistido (es la c.d. “contratación en la emergencia sanitaria”) a los esfuerzos de una Administración comprometida en afrontar la crisis sanitaria, por ejemplo, con el objetivo de garantizar la compra de los dispositivos necesarios, preocupada de realizar con urgencia hospitales y estructuras, así como de asegurar la ejecución de los contratos pendientes.

Es evidente cómo la finalidad última de la actividad contractual ha sido la protección de la persona y de su salud. También en el futuro tal perspectiva será esencial, teniendo en mente, por ejemplo, el tema de la producción y de la compra de las vacunas.

En estas últimas semanas, entonces, se plantea el uso de los contratos públicos como piedra angular para afrontar la segunda crisis detonada por el coronavirus, la económica (c.d. “contratación en la emergencia económica”): a causa de la gran importancia de la demanda pública en el mercado, de hecho, las Administraciones pueden utilizar los contratos para “poner en marcha” la economía del país.

Aquí tocamos con la mano el posible conflicto entre las distintas almas de la contratación pública.

La solución más eficiente para la economía podría implicar una mayor dosis de competencia y la adopción del criterio de adjudicación del precio más bajo; la protección del interés público, en cambio, parece empujar por otras soluciones, al límite de lo antieconómico en el corto plazo.

El hecho es que ambos intereses quedan subordinados a (o, aun así, deben lidiar con) lo que se coagula en torno a la dignidad del ser humano.

Los juristas podrían utilizar al respecto el aparato conceptual elaborado abordando el principio de la sostenibilidad, que implica actuar teniendo en cuenta las exigencias de las generaciones futuras (o, al menos, más débiles), incluida aquella más cercana al decisor, constituida por los hijos.

Una vez más, las operaciones objeto de contratación no son solo ocasiones de competencia

en el mercado, sino que se configuran como inversiones en el tiempo y para el futuro, capaces de reforzar el valor de la resiliencia de los Estados (otro principio que está surgiendo muy claramente y que debe rechazarse en términos no solamente económicos).

Existen, sin embargo, algunas acciones que, pragmáticamente, pueden ser realizadas de inmediato y que podrían tener un impacto también sobre el interés final que arriba se ha intentado determinar:

A) Es imprescindible reducir la burocracia y simplificar la normativa, factores que a menudo frenan las acciones de las Administraciones. Una propuesta concreta podría ser la de establecer la norma según la cual no pueden introducirse nuevos costes a cargo de las Administraciones o de los funcionarios sin, al mismo tiempo, reducir o suprimir otros.

B) Es necesario incrementar al mismo tiempo la flexibilidad de la acción administrativa, sobre todo en caso de operaciones complejas y de compras que no sean en serie.

C) Es necesario aumentar la atención y el control con respecto a la fase ejecutiva de los contratos, que a menudo representa el momento en el que la contratación fracasa en su misión.

D) Es necesario mejorar la planificación y la programación antes de cada operación contractual.

E) Resulta oportuno reducir la cantidad y mejorar la calidad de las reglas destinadas a la protección de la competencia y de la lucha contra la corrupción, al menos en los casos en que ello implique una excesiva multiplicación de competencias, de funciones y también de gastos para las empresas (aunque en ese caso se podría aplicar una regla análoga a la arriba mencionada, es decir, aquella por la que la introducción de un gasto a cargo de la empresa es posible solo si, a su vez, se elimina otro).

F) Por último, es necesario reflexionar sobre el hecho de que los problemas de la contratación pública no son siempre, y solamente..., problemas de la contratación.

Para resolver esta paradoja, hay que tener en cuenta que, en el ámbito de los contratos de la Administración, hay una parte de complejidad y de dificultad que constituye la mezcla o precipitado de una Administración ineficiente en general.

Cito, pensando sobre todo en Italia, algunas de las principales deficiencias sobre las que a menudo se preguntan los juristas, en cuya superación podría encontrar gran beneficio también el sector de los contratos.

F1) Resulta extendida la preocupación de los funcionarios de asumir decisiones que podrían generar graves responsabilidades. Es este el tema, tan delicado, de la administración defensiva: el funcionario prefiere más bien no decidir que asumir riesgos desproporcionados. Sería necesario probablemente intervenir con nuevas normas destinadas a atenuar razonablemente aquellas preocupaciones.

F2) Otro problema puede ser representado con la metáfora del sándwich: si tienen, arriba, demasiadas normas rígidas; y abajo existe una magistratura muy activa y condicionante; en el centro queda una Administración demasiado débil.

En este contexto, no es decisivo influir en las normas, sino que es más útil mejorar la Administración y su cultura.

F3) La Administración en su conjunto debe (y puede) ser más transparente y más digitalizada.

F4) Es necesario un control judicial fuerte y serio, sobre todo teniendo en cuenta un escenario en el que podría aumentar la discrecionalidad de las Administraciones.

Actuando según estas líneas se podría garantizar que la Administración (también —pero no solo— la que firma contratos) opere y esté realmente al servicio de la persona.

A la conclusión de estas reflexiones (y pensando en la pluralidad de los brillantísimos informes que han animado nuestras reuniones) se podría objetar que he señalado sobre todo problemas, planteado preguntas y esbozado perspectivas muy generales.

Todo esto es cierto, pero no es necesariamente un límite: un signo seguro del éxito de una investigación (porque una verdadera investigación, incluso en clave comparada, ha sido realizada por el Observatorio a lo largo de las diversas jornadas) está constituido por el hecho de que esta, en lugar de llegar a resultados intocables y definitivos, abre nuevos escenarios de estudio y señala nuevos problemas sobre los cuales comprometerse en el futuro.





www.thomsonreuters.com.ar



info!  
TR

En todo  
momento  
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/  
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/  
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee  
el código  
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO



the answer company™

THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:  
0810-266-4444