



Temas de contratación pública

Jorge I. Muratorio

LA LEY



ObCP OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO



**Thomson
Reuters™**

TEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

DIRECTOR

JORGE I. MURATORIO



ObCP OBSERVATORIO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO

LA LEY



Muratorio, Jorge I.

Temas de contratación pública / Jorge I. Muratorio. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2025.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4914-3

I. Derecho. I. Título.

CDD 342

© de esta edición, Thomson Reuters, 2025
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO

POR UNA “NAVEGACIÓN” ESTRATÉGICA EN EL OCÉANO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Jose María Gimeno Feliú

..... 1

PREFACIO

Jorge I. Muratorio

..... 7

LA RELEVANCIA DEL INTERÉS PÚBLICO EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Jorge I. Muratorio

I. Introducción	11
II. El contrato administrativo	13
III. Contratos de colaboración, prevalencia de la interpretación a favor del interés público	14
IV. Concepto de interés público en relación con el contrato administra- tivo	15
V. Interés público primario, directo e indirecto.	17
VI. Interés público inicial e interés público actual. El rol de la voluntad de las partes	22
VII. La prerrogativa interpretativa basada en el interés público	27
VIII. Epílogo.....	29

VINCULACIÓN ENTRE EL PRESUPUESTO Y EL PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES

Ing. Oscar Luna

I. Introducción.....	31
II. Clasificadores presupuestarios.....	34
III. Catálogos de bienes y servicios. Origen. Importancia. Funciones. Ti- pos de catálogos	35

	Pág.
IV. Programación de las contrataciones	36
V. El entendimiento del porqué del plan	37
VI. En qué se beneficia la gestión del Estado con la elaboración de un buen plan	38
VII. Cómo debería elaborarse el plan	38
VIII. Algunas consideraciones	41
IX. Conclusiones	44

**EL LEGÍTIMO ABONO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS
DE BIENES Y SERVICIOS**

Bárbara Fernández Villa

I. Introducción.....	47
II. El legítimo abono. Caracterización. Supuestos. Riesgos	48
III. Pago de las prestaciones. El principio de enriquecimiento sin causa	52
IV. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	55
V. Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	58
VI. Doctrina de la Oficina Nacional de Contrataciones.....	61
VII. ¿Cómo deberían proceder los organismos públicos ante un legítimo abono?	63
VIII. Reflexiones finales	66
IX. Referencias bibliográficas.....	67

**LA RECOMPOSICIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ANTE EVENTOS
QUE ALTERAN EL EQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA
COMO EXIGENCIA DEL INTERÉS PÚBLICO**

Ana Belén Micciarelli

I. Introducción.....	71
II. El equilibrio contractual	72
III. Hechos que alteran el equilibrio contractual.....	73
IV. La recomposición de contratos administrativos como exigencia del interés público.	77
IV.1. La recomposición de contratos administrativos como exigencia del interés público.....	77
IV.2. Las soluciones que trae el marco regulatorio nacional ante hechos que alteran el equilibrio de la ecuación económico-financiera no son eficientes.....	79
IV.3. Los hechos que habilitan la recomposición.....	81
IV.4. El alcance de la recomposición.....	81

	Pág.
IV.5. La competencia de las autoridades públicas en su carácter de comitentes para proceder a la recomposición del contrato.....	82
IV.6. El procedimiento de recomposición contractual.....	83
V. Conclusión.....	84

COMPRAS SOSTENIBLES. UNA HERRAMIENTA ESTRATÉGICA TANTO PARA EL SECTOR PÚBLICO COMO EL PRIVADO CON ESPECIAL REFERENCIA A TUCUMÁN

María Belén Aliciardi

I. Introducción.....	85
II. Ejemplos concretos de cómo las CPS permiten el cumplimiento de la Agenda 2030 en Argentina	88
III. Palabras Finales. Hacia un nuevo modelo de compra	90
IV. Bibliografía.....	91

**SANANDO AL PLANETA MIENTRAS SANAMOS.
EL IMPACTO DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS EN LA SALUD**

Fernanda Otero Barba

I. Salud ambiental.....	93
I.1. Consideraciones generales	93
I.2. Enfoque <i>One Health</i> o una sola salud.....	95
II. Impacto en la salud ambiental a causa del sector sanitario como uno de los actores trascendentes	96
II.1. El área de la salud como generador de residuos.....	96
II.2. Los residuos sanitarios y la salud ambiental.....	98
III. Principio <i>in dubio pro natura</i>	101
III.1. Características de los principios generales del derecho ambiental	101
III.2. Características del principio <i>in dubio pro natura</i>	102
IV. Conclusión	104

**CÓMO IMPACTAN LAS TIC'S EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS:
LA RAZÓN DE SER DEL GOVTECH**

Claudia Deni

I. Planteo	107
II. GovTech y ecosistema: administraciones públicas. <i>start ups</i> , las <i>scale up</i> y PyMEs digitales	108
II.1. GovTech	108
II.2. ¿Qué es un ecosistema?	108
II.3. Los nuevos actores	109
III. Ecosistema del GovTech.....	113

	Pág.
III.1. Pero ¿qué es GovTech?	114
III.2. ¿Que nos está impidiendo lograr participar en el ecosistema?	114
III.3. ¿Y en que podemos aplicar el GovTech para que nuestra vida cambie?.....	114
IV. Colofón	115

**LEY BASES: PRINCIPALES Y NECESARIAS REFORMAS EN MATERIA DE
CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA**

Manuel Alderete

I. Introducción.....	117
II. Regímenes de financiamiento de infraestructura pública en Argentina.....	118
II.1. Introducción. El financiamiento por impuestos o por fondos privados.....	118
II.2. El financiamiento por impuestos. La ley N.º 13.064 de obras públicas. Sus desventajas	119
II.3. El financiamiento privado. La Ley de Concesiones y los Contratos PPP	122
III. Los esperados cambios a la Ley de Concesiones realizados por la Ley Bases. Análisis crítico de la reforma	124
III.1. Ampliación al objeto del contrato de concesión y atenuación de prerrogativas públicas	125
III.2. Procedimiento de selección del concesionario: la licitación como medio exclusivo	130
III.3. Mecanismos alternativos de solución de controversias: panel técnico y arbitraje.....	131
IV. Conclusión	132

**REFORMAS NECESARIAS EN EL RÉGIMEN
DE LA OBRA PÚBLICA NACIONAL - LEY 13.064**

María José Antoni Piossek

I. Resumen	133
II. Introducción	134
III. Antecedentes normativos de la obra pública nacional.....	136
IV. Necesidad de reforma de la ley 13.064	138
IV.1. Transparencia e integridad	139
IV.2. Sostenibilidad social y ambiental	139
IV.3. Digitalización	140
V. Colofón.....	141

Pág.

PREVENCIÓN, TRANSPARENCIA Y COMPLIANCE*Miriam M. Ivanega*

I. Comenzando por las reflexiones.....	143
I.1. Introducción.....	143
I.2. Integridad.....	145
I.3. El control	147
II. De riesgos y “compliance”	148
II.1. Riesgo.....	148
II.2. <i>Compliance</i>	149
II.3. Nuestra opinión.....	150
III. Conclusión.....	150

POLÍTICAS DE INTEGRIDAD EN EL SECTOR PRIVADO Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN*Ana Carina Larocca*

I. Introducción.....	151
II. Las políticas de integridad sobre el sector privado, con foco en las contrataciones públicas.....	155
III. La exigencia de contar con programas de integridad para contratar con el Estado Nacional	157
III.1. ¿Qué son los programas de integridad y cuándo resultan adecuados en los términos de la ley N.º 27.401?.....	159
III.2. Los dilemas que presenta la acreditación de los programas de integridad en el marco de las contrataciones públicas.....	162
IV. El Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades. Una valiosa herramienta para el desarrollo, acreditación y control de los programas de integridad.....	163
IV.1. Características de la plataforma	165
IV.2. Proceso de registración	166
IV.3. Visualización de la información registrada	167
IV.4. Valor agregado de la plataforma	168
V. Conclusiones	169

PRÓLOGO

POR UNA “NAVEGACIÓN” ESTRATÉGICA EN EL OCÉANO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tengo el honor de prologar esta interesante obra colectiva, dirigida por Jorge Muratorio, que aborda, de manera excelente temas claves de la contratación pública en Argentina.

La contratación pública, aun con las singularidades de cada país, presenta unas características globales por las que, en palabras del Papa Francisco, sería conveniente una solución global (Encíclica “Fratelli tutti”, octubre 2020). Por ello quizá interesan algunas ideas globales sobre el rol de la contratación pública en el siglo XXI orientada al servicio de la ciudadanía y de la buena administración.

La estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que “brillan con fuerza” (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación⁽¹⁾. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del “ahorro” sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS “es el alma de la nueva administración”⁽²⁾. La exigencia de ca-

(1) *Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar*” en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos, *pública 2022 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 17-47.

(2) J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, libro colectivo *Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 630. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social” sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados.

lidad en la gestión pública (con el instrumento del contrato público) no significa un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado (no hay que confundir precio con valor). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio⁽³⁾. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Y es que el principio de competencia, con ser importante, es instrumental pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que la finalidad última es conseguir una regulación eficiente. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente Código italiano de contratos públicos (31 de marzo 2023) que regula como primer principio el de resultado.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética⁽⁴⁾. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal frente a planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados meramente economicistas⁽⁵⁾. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de regulación para preservar la mejor calidad en la prestación de los “servicios públicos” desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Y muy especialmente en situaciones excepcionales⁽⁶⁾.

(3) Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a M. VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 186, 2011, pp. 91 y ss., T. MEDINA ARNAIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, *Papeles de relaciones eco sociales y cambio global*, núm. 121, 2013, pp. 87-97; y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. Gamero casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1387-1393 y también “Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque”, en Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, 2022, Atelier, Barcelona, pp. 209-26.

(4) Justicia social (que forma parte del artículo 1º de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar cómo ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

(5) Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 18.

(6) Como ha puesto de relieve M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*. Galaxia Gutemberg, 2021, que dedica un capítulo a ello.

Contratación pública estratégica como resultado necesario del camino marcado por la estrella polar de la calidad y el valor del resultado, que obliga, claro, a una previa definición de la estrategia a promover (y de planificación), para poder fijar la mejor ruta de navegación práctica, que permita “llegar a puerto con rapidez y sin incidencias”⁽⁷⁾.

Estrategia en la compra pública que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable⁽⁸⁾, como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza⁽⁹⁾, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito⁽¹⁰⁾. Para ello, como venimos insistiendo, hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los

(7) En este contexto hay que recordar la proposición no de ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración pública.

(8) Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable*. Tirant lo Blanch, Valencia y “Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID-19”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210 (2021). También V. AGUADO I CUDOLA, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021; B. PALACÍN SÁENZ, *A la responsabilidad social por la contratación pública*. Editorial BOE, Madrid, 2022; L. FUERTES GINÉS, “La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 58, 2021 y C. DE GUERRERO MANSO, “Contratación Pública y Derechos Humanos”, *Revista de Contrataciones Públicas* núm. 8, diciembre 2022.

(9) Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre los ODS y la contratación pública *vid.* J. M. GIMENO FELIU, “La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción”, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm., 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100.

(10) La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe “Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior”. En el Informe se concluye que “resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE”. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión “Adquisiciones sociales —Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas— 2.ª edición” (2021/C 237/01), en la que se incide en que “[c]on el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)”.

contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para “Environmental, Social and Governance”) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)⁽¹¹⁾.

La nueva “navegación contractual” aconseja un “big bang” en la contratación pública a escala global para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad y la mejora prestacional de los diferentes servicios públicos. Para ello resulta necesaria una verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología) como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las PyMEs) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad. Para ello resulta imprescindible una adecuada interpretación de los principios y conceptos, como guía para la correcta aplicación de la finalidad de todo contrato público que es, no se olvide, la correcta satisfacción del interés público⁽¹²⁾. Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública profesionalizada, alejada del “papeleo”, en palabras del profesor Luciano VANDELLI, de una burocracia formal (necesitamos una burocracia “inteligente”)⁽¹³⁾.

(11) Se evita, así, un dumping social, y se promueve un “auténtico” mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*. Business Expert Press, 2021 y J. MORCILLO MORENO, “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 47-48, 2016, pp. 180-209.

(12) Vid. J. M. GIMENO FELIU, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 59, 2022.

(13) *Papeles y papeleo (ediciones El Cronista 2015)* es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

Debe superarse una visión “precontractual” de la contratación pública para impulsar una cultura que ponga el acento en la mejor ejecución contractual (aquí descansa el interés general que es la causa del contrato). Por ello debería incluirse una previsión que permita, conforme al principio clásico de “honesta equivalencia” de lo pactado el restablecimiento (adaptación) de las condiciones pactadas a circunstancias sobrevenidas imprevisibles ajenas al riesgo o ventura ordinario, incluyendo fuerza mayor y actuaciones de otros poderes públicos que inciden de forma sustancial en las condiciones pactadas (como ha previsto el artículo 9° del Código italiano de Contratos Públicos de 2023)⁽¹⁴⁾.

Por supuesto, es necesario el diseño de un moderno modelo de control mediante una Estrategia Nacional del Control de la Contratación Pública, que permita el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada, que permita la fiscalización en tiempo real, incorporando el modelo de auditorías⁽¹⁵⁾. Y, en fase de ejecución, habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo⁽¹⁶⁾.

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. BACA⁽¹⁷⁾, de su piedra filosofal, necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso. Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos. Para avanzar hay que “mirar atrás” para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia) se puede elegir la ruta correcta. Frente a inercias o dogmatismos, la situación “global” obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas

(14) J.M. GIMENO FELIU, “Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia,” *Observatorio de contratación pública 2021 (dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 35-46

(15) Me remito a J. M. GIMENO FELIU, “Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo,” en libro colectivo dirigido por S. REGO, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

(16) Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos,” libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, pp. 549-564.

(17) V. BACA, “La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal,” en libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica (Perú) 2021.

y que concilien los intereses públicos en juego. Una contratación pública alineada, por ello, con los estándares de buen gobierno y buena administración (un derecho fundamental en los Estados de derecho del siglo XXI) y del respeto de los derechos humanos, como se ha puesto de relieve en la muy interesante sentencia de 27 de noviembre de 2023 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador.

Y para ello las reflexiones que contiene esta obra de Temas de contratación pública, son de especial interés en tanto puede impulsar ese big bang a favor de una nueva y moderna cultura de la contratación pública que permita impulsar políticas públicas y dinamizar, y no frenar, los cambios y transformación que, mediante el contrato público, demanda la ciudadanía (muy especialmente en los servicios dirigidos a las personas como la salud). En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.

Zaragoza, 2 de octubre de 2024

Jose María Gimeno Feliú

Catedrático de derecho administrativo.

Universidad de Zaragoza.

Codirector del Observatorio de contratación pública.

PREFACIO

La obra de la cual tenemos el agrado de presentar el prefacio, destinada al estudio de aspectos singularmente relevantes de la contratación pública, se ha elaborado en el marco de estudios y conferencias de los distintos profesores que integran el Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral, quienes han tenido la generosidad de integrar este trabajo colectivo.

El Observatorio es un espacio de encuentro, intercambio y desarrollo de conocimientos y experiencias de expertos, profesionales y personas interesadas en los diferentes aspectos de la contratación pública, todo ello en un clima de absoluto respeto, tolerancia, pluralidad de ideas y de excelencia académica, para contribuir así a la mejora continua del área de estudio mencionada.

En ese ámbito se pretende especialmente desarrollar y divulgar la investigación, el debate y la opinión sobre temas de contratación pública, con un enfoque que resulte de utilidad para toda la sociedad, atendiendo especialmente los temas de actualidad en la materia y privilegiando la excelencia académica y profesional.

El Observatorio contó desde el inicio con el apoyo ininterrumpido de Alfonso SANTIAGO y se incardinó en la Facultad de Derecho gracias a la generosidad y acompañamiento de su Decano Manuel GARCÍA-MANSILLA así como de los directivos del Departamento de Derecho Administrativo, Jorge ALBERTSEN, Miriam IVANEGA y Julio Pablo COMADIRA, y de la Especialización en Contrataciones Públicas, Marcos SERRANO (cuyo Consejo Académico tenemos el honor de integrar).

Asimismo, el Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral actúa como sucursal en Argentina del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad de Zaragoza (España), y es parte de la Red Internacional de Observatorios, ambos dirigidos por el profesor José María GIMENO FELIÚ, de quien estamos muy agradecidos por su enorme y continua ayuda.

También el Observatorio es parte de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP), cuyo director general es nada menos que el profesor Jaime RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ y su director ejecutivo Enri-

que DÍAZ BRAVO, cuyo apoyo es incesante y del cual también estamos muy agradecidos.

Asimismo numerosos profesores latinoamericanos y europeos que integran los ámbitos recién mencionados, y que ya no sería posible mencionar individualmente para no abrumar estas páginas, tienen también la amabilidad de participar de nuestras actividades y enriquecer el estudio de esta temática.

A todos ellos el agradecimiento, pues, en el marco de sus enseñanzas surgen los estudios que hoy integran esta obra.

Y ya pues sobre ella, parafraseando el nombre de uno de los libros de ORTEGA y GASSET —quien vivió además algunos años en Argentina— podríamos decir que la contratación pública —de la que tratamos— es sin dudas el tema de nuestro tiempo.

En este sentido es evidente que ha cobrado especial relieve entender que es finalidad de todos los poderes del Estado y en particular de la Administración pública, la obligación de mejora integral de las condiciones de vida de las personas, tutelando la dignidad humana y todos los derechos fundamentales del ciudadano, de modo de hacer posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad, tal como surge del mismo Prólogo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública, aprobada el 10/10/13 en el ámbito del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

En esa línea la Administración pública despliega una relevante actividad normativa y de dictado de actos administrativos que aplican el ordenamiento jurídico vigente a los casos concretos.

Ahora bien, esa actuación unilateral de imperio para el dictado de tales reglamentaciones y de actos administrativos respecto de los particulares, no alcanza para cumplir la vasta tarea de la Administración pública —y de los otros órganos que ejercen función administrativa—, también es necesario que ésta se ponga de acuerdo con los particulares, creando relaciones jurídicas fundamentalmente de colaboración, bilaterales, conmutativas, patrimoniales y onerosas, por las que se obligan recíprocamente.

Es la contratación pública, que, debe permitir el cumplimiento oportuno de los fines públicos y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos.

La contratación pública es un extenso campo de actuación de la Administración, donde confluyen fundamentalmente toda la amplitud del derecho administrativo, el derecho presupuestario público y el derecho civil y comercial.

La contratación pública requiere de la regulación del derecho administrativo en cuanto a los procedimientos, las formas y la competencia de los órganos administrativos (en función activa, consultiva y de control). Y más extensa será la regulación administrativa todavía —en cuanto el campo natural de la Administración es el derecho público— en la mayoría de los contratos que ella celebra, que son los “contratos administrativos”, en los cuales actúa el Estado por un objetivo de interés público, con cláusulas exorbitantes.

Es muy común enfatizar que la contratación pública es importante porque representa una parte considerable del gasto público (normalmente se indican porcentajes comprometidos del PBI). Pero la contratación pública no es meramente gasto público, ni un trámite burocrático de adquisición de insumos. Antes bien es una inversión en los ciudadanos y en el país, pues sirve para desarrollar ampliamente las políticas públicas, plasmadas en la normativa vigente, y poder brindar a aquéllos prestaciones de calidad, que respeten la dignidad de la persona humana, principal bien tutelado por el ordenamiento.

Tales prestaciones requieren que el Estado contrate obras, bienes y servicios de calidad, para poder brindar una escuela en condiciones, un hospital bien diagramado y provisto, una campaña vacunatoria efectiva o un plato de comida sana.

Al mismo tiempo, como la contratación pública es estratégica, junto con tales prestaciones se ha de procurar atender otros fines estatales, tal como la sostenibilidad, para garantizar que todos los habitantes gocen del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (art. 41 CN); y también fines de índole socioeconómicos, como el desarrollo del empleo local, la inserción laboral de personas vulnerables, la generación de empleos de calidad, la mejora de la seguridad y salud laboral, la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la responsabilidad social de las empresas (art. 75 incs. 17, 18, 19, 23 y ccs. CN), etc.

Esa contratación pública estratégica ha de ser innovadora, eficiente, eficaz, electrónica, transparente e íntegra, entre otros aspectos.

Precisamente en esta obra se tratan esos temas, clásicos y modernos.

Todos los trabajos son presentados por abogados, salvo uno y “enhorabuena”, por el ingeniero Oscar Luna, atinente a la indispensable materia presupuestaria.

Todos los autores —con la excepción que cabe al que lo afirma comprendiéndose— cuentan con una sólida formación y vasta experiencia pro-

fesional, de modo que sus trabajos atienden con solvencia el conocimiento e interpretación de la normas y principios aplicables a cada tema, así como los efectos prácticos y dinámicos de ello, las conductas habituales de las partes, la reacción del mercado, etc.

Así, en orden de aparición, se abordará inicialmente la relevancia del interés público en la interpretación del contrato administrativo, por un servidor; la vinculación entre el presupuesto y el plan anual de contrataciones, por Oscar LUNA; el legítimo abono en las contrataciones públicas de bienes y servicios, por Bárbara FERNÁNDEZ VILLA; la recomposición de los contratos administrativos ante eventos que alteran el equilibrio de la ecuación económico financiera como exigencia del interés público, por Ana Belén MICCIARELLI; las compras sostenibles, como herramienta estratégica tanto para el sector público como el privado, con especial referencia a Tucumán, por María Belén ALICIARDI; el impacto de la gestión de los residuos en la salud, por Fernanda OTERO BARBA; el impacto de las TIC's en las contrataciones públicas como razón de ser del GovTech, por Claudia DENI; las reformas de la Ley Bases en materia de concesión de obra pública, por Manuel ALDERETE; las reformas necesarias en el régimen de la obra pública nacional (ley 13.064), por María José Antoni PIOSSEK; las políticas de integridad en el sector privado y prevención de la corrupción, por Ana Carina LAROCCA; y la prevención, la transparencia y el compliance, por Miriam M. IVANEGA.

Como se advierte, la variedad de temas, de suma relevancia todos ellos, permitiría tener una visión moderna, actualizada y ordenada, de aspectos fundamentales de toda contratación pública, lo cual conforma un instrumento que esperamos resulte de mucha utilidad y valía para la actuación profesional de los distintos operadores del sistema.

Finalmente expresamos nuestro agradecimiento a la Editorial Thomson Reuters, y en especial a su director editorial Fulvio SANTARELLI —y su equipo— por el apoyo siempre brindado, que esperamos corresponder y que nos permiten en esta oportunidad presentarles la obra que, ya sin más, queda en sus manos.

Buenos Aires, 23 de septiembre de 2024

Jorge I. Muratorio

LA RELEVANCIA DEL INTERÉS PÚBLICO EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Jorge I. Muratorio (*)

I. INTRODUCCIÓN

Corresponde a la Administración pública, la obligación de mejora integral de las condiciones de vida de las personas, tutelando la dignidad humana y todos los derechos fundamentales del ciudadano, de modo de hacer posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad⁽¹⁾.

En esa línea la Administración pública despliega una relevante actividad normativa y de dictado de actos administrativos que aplican el ordenamiento jurídico vigente a los casos concretos, pero ello no alcanza para cumplir la vasta tarea a su cargo, también es necesario que esta se ponga de acuerdo con los particulares, creando relaciones jurídicas fundamentalmente de colaboración, bilaterales, conmutativas, patrimoniales y onerosas, por las que se obligan recíprocamente.

Mediante la contratación pública la Administración puede “...poner a disposición de los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad con el más elevado compromiso social”⁽²⁾, de modo de permitir el cumplimiento oportuno de los fines públicos y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos⁽³⁾.

(*) Abogado (UBA). Magister en Derecho Administrativo (Primera Promoción, Universidad Austral). Socio del Estudio O’Farrell, a cargo del Departamento de Derecho Público y Regulación Económica. Director del Observatorio de Contratación Pública de la Universidad Austral.

(1) Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Prólogo de la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública”, del 10/10/13.

(2) RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *La contratación pública: una relevante política pública*, publicado en el sitio web del Observatorio de Contrataciones Públicas de la Universidad Austral disponible en: <https://www.austral.edu.ar/derecho/observatorio-de-la-contratacion-publica/>.

(3) Tal como lo establece por ejemplo la nueva Ley General de Contrataciones Públicas peruana N.º 32.069 de 2024.

La contratación pública requiere de la regulación del derecho administrativo en cuanto a los procedimientos, las formas y la competencia de los órganos administrativos, en función activa, consultiva y de control.

Y más extensa será la regulación administrativa todavía, en cuanto el campo natural de la Administración, que es el del derecho público⁽⁴⁾, lo cual lleva a que la mayoría de los contratos que ella celebra sean “contratos administrativos”, en los cuales actúa el Estado con un objetivo de interés público a cumplir, con asistencia de cláusulas exorbitantes, como puede ser la de interpretación contractual, que desarrollaremos más abajo.

En efecto, el contrato administrativo se mantiene como una categoría autónoma y sustantiva, con su teoría propia⁽⁵⁾, a través de lo cual se busca atender determinadas necesidades de interés público.

Esto último es esencial para entender por qué se debe contratar —la finalidad—, pero también para interpretar las cláusulas del contrato y la normativa a la cual se integra dicho contrato.

Es fundamental para la debida ejecución de los contratos administrativos —sobre todo en los de larga duración⁽⁶⁾— la debida interpretación de lo convenido, determinar su sentido y alcance, en función de las diversas normas que regulan la materia, de la voluntad de las partes —que se expresará en el texto, en las conductas, etc.— y de los fines públicos que se deben atender, para que se logren prestaciones de calidad que tutelen la dignidad de las personas que las reciben.

En el campo de la contratación pública, la Procuración del Tesoro de la Nación ha aclarado que el objetivo de la interpretación es el esclareci-

(4) Establece el art. 1º, *in fine*, del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional, contenido en el decreto 1023/01 y modificatorios, que “[t]oda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”.

(5) CASSAGNE, Juan Carlos “La Contratación Pública”, en “Tratado General de los Contratos Públicos”, Buenos Aires, 2013, Tomo I, p. 10.

(6) Actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación regula -de modo novedoso- en forma general al respecto en su artículo 1011: “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”. Asimismo, como destaca PEREZ HUALDE, son caracteres fundamentales del contrato: la duración en el tiempo; no hay precisión en las cantidades de las prestaciones; puede no haber plazo preciso; es por naturaleza mutable; es de renegociación obligada; y, su rescisión anticipada está limitada y sujeta a algunas condiciones previas para su concreción (PÉREZ HUALDE, Alejandro “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos Como Contrato ‘de Larga Duración’”, Derecho & Sociedad; No 45, Año 2015).

miento del sentido propio de una proposición jurídica que es una creación decisonal —que involucra significados decididos en cada ocasión y no normativamente predeterminados— a través de una actividad cognitiva que el régimen de contrataciones ha reservado a la Administración para la satisfacción del interés público⁽⁷⁾.

En el presente abordaremos precisamente cómo incide el interés público en la interpretación del contrato administrativo, que permita entonces esclarecer lo acordado.

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En el contrato, las partes se ponen de acuerdo “crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”⁽⁸⁾.

Cuando una parte es el Estado y otra un particular, como explica Bercaitz, cada voluntad es distinta y hasta puede considerarse opuesta, en tanto que el primero vela por el interés público y el segundo persigue un fin económico privado, alcanzado ambos un acuerdo para producir efectos jurídicos determinados, generándose una relación de subordinación jurídica hacia el fin de interés público⁽⁹⁾.

Es decir que prevalece el interés público aun cuando debe tenerse en cuenta el fin privado, esto es, el objeto del contrato será de interés público, pero se hará a través de un sinalagma de prestaciones que permita también al particular cumplir su fin comercial.

Como una especie dentro del género contractual⁽¹⁰⁾, el contrato administrativo se configura, en términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y conforme los estudios de Coviello al respecto, como un acuerdo de

(7) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 304:291. Asimismo se sostiene allí que el órgano administrativo es el que mejor conoce el sentido de las cláusulas contractuales pues es la parte que las ha redactado.

(8) Art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(9) Sostiene BERCAITZ que las voluntades de las partes son opuestas, en tanto el particular persigue un fin económico privado y la Administración vela por el interés público y el acuerdo es para producir efectos jurídicos determinados, generándose una relación de subordinación jurídica hacia el fin de interés público (BERCAITZ, Miguel Ángel “Teoría General de los Contratos Administrativos”, Buenos Aires, 1980, ps. 139 y 229). En esta misma posición, entre otros, SAYAGUÉS LASO sostiene que los contratos se caracterizan porque las partes persiguen fines opuestos (SAYAGUÉS LASO, Enrique “Tratado de Derecho Administrativo”, Montevideo, 1987, Tomo I, p. 529).

(10) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 30/04/09, “Sideco Americana c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ contrato de obra” con cita de MARIENHOFF y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 313:376, voto del Juez Fayt). En el mismo sentido, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 322:597, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 306:731; 313:376; 316:212; 318:1518.

voluntades generador de situaciones subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado⁽¹¹⁾.

III. CONTRATOS DE COLABORACIÓN, PREVALENCIA DE LA INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL INTERÉS PÚBLICO

Dentro de los contratos administrativos se ha propuesto en doctrina una clasificación de la mayor transcendencia para establecer sus reglas interpretativas, cual es distinguir entre contratos administrativos de colaboración y de atribución⁽¹²⁾.

Según lo explica Marienhoff, los contratos administrativos son de colaboración, cuando se llevan a cabo en interés público, y su prestación básica se encuentra a cargo del cocontratante, quien asume una obligación personal para contribuir con su actividad a que la Administración pública cumpla funciones específicas o satisfaga fines públicos propios del Estado; mientras que en los contratos de atribución, se tiene en cuenta para su celebración la satisfacción directa e inmediata del interés privado del cocontratante, la prestación substancial está a cargo de la Administración pública y el derecho del cocontratante es “personal” de este, como las concesiones de uso del agua pública para irrigación⁽¹³⁾.

Para Marienhoff, en los casos de justificada y razonable duda, —en los contratos de “colaboración”—, la interpretación ha de ser en favor de los intereses públicos por los que debe velar la Administración, y, en los contratos de “atribución”, la interpretación debe ser en favor del “interés privado” del cocontratante⁽¹⁴⁾.

En igual sentido se expresa Cassagne, destacando que en los contratos de colaboración la duda se resolverá a favor de la Administración por la naturaleza de la actividad (servicio público, obra pública, etc.), mientras que

(11) COVIELLO, Pedro Jorge José “Actualidad de la teoría general del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en obra colectiva dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos “Tratado General de los Contratos Públicos”, Buenos Aires, 2013, Tomo I, ps. 89 y 123.

(12) BERCAITZ, Miguel Ángel “Teoría general de los contratos administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1980, p. 255.

(13) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., T. III-A, N.º 699 y 629.a). En jurisprudencia se ha reconocido el carácter de contrato de atribución al contrato de concesión de uso de un bien del Estado que integraba la infraestructura de un servicio público, a cargo de una empresa estatal (dominio público) (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 19/11/98, “ENABIEF c/ Villegas González, Roberto Miguel s/ proceso de ejecución”).

(14) MARIENHOFF, ob. cit., 629.a).

en los contratos de atribución se resolverá en el interés del cocontratante, siempre que no existiera un interés público superior⁽¹⁵⁾.

Corresponderá precisar, pues, como se define ese interés público prevalente.

IV. CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como hemos visto, el fin público o interés público que persigue el contrato administrativo, como algo propio a realizar por la Administración pública —pues si no coincidiría con el fin privado de los particulares— es, pues, nota relevante que justifica y orienta la interpretación del contrato.

La finalidad propia del contrato administrativo es la satisfacción del interés público, en la relación de subordinación jurídica del contratista particular y en la técnica de colaboración del administrado para con la Administración pública⁽¹⁶⁾.

Escola aclara que es “interés”, en cuanto es algo de utilidad, necesario y conveniente, y “público”, porque es del pueblo, de la población⁽¹⁷⁾; de modo que el interés público es lo útil y necesario para una población. Puede decirse también que se trata de un interés general de una comunidad en un momento de espacio y tiempo dado⁽¹⁸⁾.

Y Comadira y Escola, definen al interés público como “...la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el que la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo”⁽¹⁹⁾.

En el campo de la contratación pública, conforme surge expresamente del art. 1º del Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacio-

(15) CASSAGNE, Juan Carlos “Los contratos de la Administración pública (Distintas categorías y regímenes jurídicos)”, disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/229101975078411.pdf>. Asimismo ver CASSAGNE, Juan Carlos “Los grandes principios...”, cit., p. 142.

(16) Oficina Nacional de Contrataciones, Dictamen N.º IF-2018-23708414-APN-ONC#MM con cita de DROMI.

(17) ESCOLA, Héctor J. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Vol. I, Buenos Aires, 1977, ps. 119 a 123.

(18) GUARIGLIA, Carlos “Mutabilidad o inmutabilidad de las prestaciones objeto de los contratos administrativos en el derecho administrativo uruguayo”, en obra colectiva dirigida por DURAN MARTINEZ, Augusto “Estudios de Derecho Administrativo”, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, N.º 8, ps. 508 y 509.

(19) COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Jorge y COMADIRA, Julio P., “Curso de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, T. I, Buenos Aires, 2012, p. 735.

nal contenido en el decreto N.º 1023/01 (en adelante “RCAN”), el interés público supone “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”.

Combinando estos criterios, podemos entender que la obtención de tales bienes, obras y servicios por la Administración, deben permitir su desempeño eficiente teniendo en cuenta los resultados esperados por una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, en pos de lo útil y necesario para la vida comunitaria en un lugar y momento dados.

Es importante aclarar que, como sostiene Escola, “...el interés público no es el interés de la administración pública”, a la vez que, en términos de García De Enterría y Fernández, “[l]a Administración pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto”⁽²⁰⁾.

Esto significa que la Administración no puede identificar su interés con el interés público, ni meramente “decir” cuál es el interés público o de la comunidad, sino que debe indagar y establecer fehacientemente cuál es el interés público en cuestión y, en su caso, cómo varía. Es fundamental que la Administración precise en cada caso el alcance del interés público implicado, con fundamento y motivación suficientes, debiendo tenerse presente, como lo recuerda Meilán Gil, que debe tratarse de un interés “constatado”⁽²¹⁾ y conectado directamente con el fin específico del contrato, no una “manta” que cubra de un modo indiscriminado cualquier actuación de la Administración”⁽²²⁾. Y en términos de Benoit, el interés general es el núcleo del contrato administrativo, “y no un arma en manos de la Administración”⁽²³⁾.

Así, el interés público es la finalidad del contrato, debe estar explicado en su motivación, y, como veremos, orienta su interpretación en la etapa de ejecución contractual.

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, 1996, T. I, p. 30.

(21) Para ello se necesitarán informes técnicos que los fundamenten, los cuales deben merecer plena fe, esto es que se sean serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 253:167; 283:148 y 329:154).

(22) MEILAN GIL, José Luis “las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: Propuesta de revisión”, RAP, N.º 191, 2013, p. 16.

(23) BENOIT, Francis-Paul “El derecho administrativo francés”, Madrid, 1977, p. 722.

V. INTERÉS PÚBLICO PRIMARIO, DIRECTO E INDIRECTO.

Siguiendo también a García De Enterría y Fernandez, se puede distinguir entre el interés público del contrato, *lex contractu*, y la satisfacción del interés general exigido primariamente por otras leyes⁽²⁴⁾, todo lo cual debe armonizarse.

En efecto, el interés público guía todo el ordenamiento jurídico, y en particular la normativa de contrataciones. Todo ello constituye un “interés público primario”, dado porque se cumplan esas normas y sus finalidades. Hay una necesidad pública de que la Administración contrate como es legalmente debido.

Luego, cada contrato concreta un “interés público directo” referido a satisfacer la utilidad y necesidad colectivas en recibir de la Administración —o de sus colaboradores—, las prestaciones en cuestión, a través de obras, bienes y servicios determinados. Todo ello es la finalidad de esa contratación y se concreta en el objeto del contrato.

Y a la par, cuando la Administración contrata, también busca cumplir indirectamente otros fines, tales como la sustentabilidad ambiental, económica y social. Este habitualmente no es el objeto principal del contrato, pero puede o debe —según el caso— ser parte de él, y a través del contrato se concretan esos otros fines. Entonces, también hay una finalidad indirecta de atender esas necesidades, que serán parte o se relacionarán directamente con el objeto del contrato.

En efecto, por una parte está especialmente el interés público directamente comprometido en el caso, que se satisface con el mismo cumplimiento del objeto del contrato, la construcción de la obra que se necesita (hospital, escuela, destacamento policial, etc.), la entrega del bien esperado (insumos, alimentos, etc.) o la provisión del servicio con la calidad requerida (servicios públicos tales como la distribución de agua y servicios sanitarios, gas natural, energía eléctrica, etc.). El interés público primario de cómo se debe contratar se concreta en el caso específico, con el interés público directo en ese contrato que se celebra.

Pero además, existe también un interés público indirecto, que se satisface parcialmente con el cumplimiento del objeto del contrato, o que está directamente relacionado con este o con requisitos del contratista o de procedimientos vinculados al contrato, todo lo cual responde al carácter “estratégico” de la contratación, es decir, al especial cumplimiento de normas

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, 1996, T. I, p. 702.

y políticas públicas que también hacen al interés general, en el caso indirectamente.

Es que los contratos públicos son estratégicos, como señala Gimeno Feliú, cuando más allá de su finalidad específica y de su directa satisfacción funcional —provisión de bienes y servicios, etc.— se constituyen en medios para que los poderes públicos orienten y afiancen comportamientos —entre ellos, sociales— de los agentes económicos intervinientes, beneficiosos para el interés general⁽²⁵⁾.

En efecto, en este sentido se ha regulado por ejemplo que las contrataciones públicas sirven “a la consolidación de políticas públicas tendientes al desarrollo social equitativo nacional y local y a la promoción económica de sectores vulnerables, a la protección ambiental y al fomento de la innovación”⁽²⁶⁾.

En nuestro país, existen exigencias de sustentabilidad con base constitucional, que se trasladan estratégicamente a las contrataciones públicas.

Así por ejemplo se espera que la contratación coadyuve a realizar fines estatales como la sustentabilidad, para garantizar que todos los habitantes gocen del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (art. 41 CN). También existe la obligación del Estado de proveer las medidas necesarias para el progreso económico con inclusión social, la mejora de la productividad de la economía nacional, la generación de empleo y la formación profesional de los trabajadores; la promoción de políticas que tiendan a equilibrar el desarrollo de provincias y regiones, el respeto a la identidad de las poblaciones indígenas y a la gestión de sus recursos naturales (art. 75 incs. 17, 18, 19 y ccs. CN) y la necesidad de adoptar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos humanos (art. 75 inc. 23 CN)⁽²⁷⁾.

La contratación pública por su relevancia en el mercado está llamada a coadyuvar al cumplimiento de esos fines. Claramente se espera que el Estado contrate preservando el ambiente, gestionando debidamente los recursos naturales, ayudando al progreso económico, a la inclusión social, etc.

(25) GIMENO FELIÚ, José María “El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)”, Aranzadi, España, 2014, p. 39 y sgtes.

(26) Art. 20 de la “Ley General de Contratación Pública, N.º 9986” de Costa Rica.

(27) FLORES, Álvaro B. “La inserción de la compra social en la República Argentina”, en obra colectiva dirigida por José María GIMENO FELIÚ “Observatorio de los contratos públicos 2020”, Ed. Aranzadi, España, 2021, p. 291.

Bajo estos requerimientos de sustentabilidad ambiental y socio-económica, la Oficina Nacional de Contrataciones —órgano rector del RCAN, en adelante también (“ONC”)— ha sostenido que “[e]l principio de sustentabilidad se proyecta sobre la totalidad de las contrataciones públicas a través de la instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos, tendientes a garantizar un menor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente”⁽²⁸⁾.

Y siguiendo también a la ONC, las exigencias de sustentabilidad pueden incluirse en las cláusulas particulares del pliego, como una condición del contrato o bien como un criterio de evaluación de la oferta; que estén determinadas por el objeto del contrato, cuando se pretenda adquirir o contratar un bien o servicio sustentable; que esté explicitado en las especificaciones técnicas, es decir especificaciones técnicas de carácter sustentable⁽²⁹⁾.

En efecto, estas exigencias pueden aparecer primero como condiciones de exclusión de la habilitación para contratar con la Administración pública, luego como condiciones de solvencia, como criterios de adjudicación⁽³⁰⁾ y también como condiciones especiales de ejecución⁽³¹⁾.

Como criterio de adjudicación, las exigencias en materia social deberán estar relacionadas y ser proporcionadas con el objeto del contrato, es decir con las prestaciones principales del contratista.

Tal es lo que se establece por ejemplo en la Unión Europea a través de la Directiva 2014/24 sobre contratación pública, en cuanto se permite que en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se puedan utilizar criterios medioambientales y/o sociales en tanto estén vinculados al objeto del contrato público de que se trate⁽³²⁾. Y esto se transpone al ordenamiento español, a través de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (también “LCSP”)⁽³³⁾, en la cual se establece que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, con arreglo a criterios económicos

(28) Dictamen ONC N.º IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

(29) Dictamen ONC N.º IF-2016-00013871-APN-ONC#MM.

(30) Ver MURATORIO, Jorge I. “Los criterios de adjudicación de las ofertas en la contratación pública,” *Rev. La Ley* del 22/6/21.

(31) Podría agregarse, inclusive, durante la auditoría o control ex post (ALICIARDI, Belén *El Estado como consumidor responsable: las compras públicas sustentables en Argentina*, disponible en: <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/06/23/el-estado-como-consumidor-responsable-las-compras-publicas-sustentables-en-argentina/>). Tratamos el tema en MURATORIO, Jorge I. “La contratación pública socialmente estratégica,” en *Rev. de Derecho Adm.*, marzo-abril 2022, N.º 140, ps. 122/132.

(32) Artículo 67.2 de la Directiva 2014/24.

(33) 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 de febrero de 2014,

y cualitativos, los cuales podrán incluir aspectos sustentables (medioambientales o sociales), vinculados al objeto del contrato, lo cual quiere decir que esos requisitos se deben referir o integrar las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización y socialmente sostenibles y justas; o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material⁽³⁴⁾.

En este sentido, surge de la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales de España, en relación con los criterios sociales para la adjudicación del contrato que "...no se satisface el requisito y no puede considerarse vinculado al objeto del contrato, cualquier criterio relativo a los trabajadores que intervengan en el proceso de producción, suministro o prestación de los servicios. Es precisa una relación con la calidad de la prestación ofertada, un mejor rendimiento de esta... los aspectos sociales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas" "...hemos admitido, considerando relacionadas con el objeto del contrato, los criterios de adjudicación ligados a la formación de los trabajadores que van a prestar el servicio, por encontrarse ésta referida a las prestaciones de éste"⁽³⁵⁾. Asimismo se validó que en el contrato de servicios de vigilancia y mantenimiento de equipos de seguridad en edificios públicos, el criterio de adjudicación social que otorgaba puntaje por disponer de un plan de gestión preventiva dirigida al control y mejora de la salud hacía al objeto del contrato, en tanto afectaba a la plantilla que efectivamente prestaría el servicio, y en cuanto trata los riesgos inherentes, físicos y psíquicos, que afectan al personal que ocupará los puestos de trabajo, beneficiando su salud y reduciendo con las ausencias y faltas de puntualidad que impactan en la calidad del servicio⁽³⁶⁾. En cambio, respecto del mismo servicio, no se consideró relacionado con el objeto contractual merituar y otorgar puntaje por tener un plan de conciliación de la vida laboral y profesional, en tanto se entendió que ello no incidía en una mejor calidad en la prestación del servicio, por el contrario, se señaló que ese tipo de medidas suponían un coste económico potencial para la empresa licitadora, que previsiblemente se traducirá en un mayor precio, encareciendo la prestación sin una vinculación directa con una mayor calidad⁽³⁷⁾. Por otro lado, también por ejemplo

(34) Art. 145 de la LCSP.

(35) Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Pleno, Resolución N.º 793/2024 (Recurso N.º 359/2024).

(36) Ídem.

(37) Ídem.

se ha entendido que se puede dar puntaje para la adjudicación, por su vinculación con el objeto contractual, a la oferta para un contrato de obras con compromiso de contratar desempleados de larga duración; a la oferta para la prestación de un servicio de transporte de autobuses con bajas emisiones de óxidos de nitrógeno y ruido y a la oferta para un contrato de suministro de electricidad generada por fuentes de energía renovables⁽³⁸⁾. Del mismo modo, puede ser un criterio de adjudicación la valoración de la inscripción en el Registro de la Huella de Carbono para suministrar nitrógeno líquido a granel, en tanto su producción industrial (relacionado con su suministro, objeto del contrato) implique menores emisiones⁽³⁹⁾.

Es así entonces que junto al interés público directo del mero cumplimiento del objeto contractual, aparece también un interés público indirecto, en la visión estratégica del contrato, en tanto tenga relación directa con el objeto del contrato, tal como los casos recién mencionados.

La realización de una obra pública, por ejemplo un hospital general, además de satisfacer la necesidad de contar con el edificio para atender la salud de las personas (interés público directo del contrato), también puede permitir cumplir fines de índole socioeconómicos a través de exigencias al contratista, sus subcontratistas y proveedores, tales como el desarrollo del empleo local, la inserción laboral de personas vulnerables, la generación de empleos de calidad, la mejora de la seguridad y salud laboral, etc., que configuran el interés público indirecto del contrato.

La necesidad pública de tener un hospital para atender la salud de la población no se satisface con el empleo local que genere la construcción de la obra, claramente ese no es el interés público directo del contrato, este es que la obra se realice conforme lo planificado (pliegos, etc.), pero además de ello la realización de la obra puede —en su caso, debe— cumplir indirectamente, el fin social de generar trabajo local. Es un interés público indirecto.

Lo expuesto nos lleva a pensar que el interés público en un contrato administrativo es ciertamente múltiple, el primario del ordenamiento jurídico en el que se inserta, el directo del contrato y el indirecto por la visión estratégica del contrato. Es decir, hay una necesidad colectiva de que se contrate bien, conforme a la normativa, que cada contrato satisfaga específicamente las necesidades concretas de una población en un lugar y momento determinados y que a la vez mediante ese contrato se cumplan concretamente

(38) GALÁN VIOQUE, Roberto “Cláusulas ambientales: ¿una moda o un nuevo elemento imprescindible de la contratación pública?”, en obra colectiva dirigida por MORENO MOLINA, José Antonio y DIAZ BRAVO, José Enrique “Contratación pública global”, Universidad Santo Tomás, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 282 y sigtes.

(39) LAZO VITORIA, Ximena “Cambio climático y contratación pública: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en obra colectiva dirigida por GIMENO FELIÚ, José María, “Observatorio de los Contratos Públicos 202”, Aranzadi, 202, p. 201.

otras necesidades públicas, como el cuidado del ambiente, la promoción del empleo, etc.

Todo esto, pues, debe ser evaluado como “interés público” respecto de un contrato administrativo.

VI. INTERÉS PÚBLICO INICIAL E INTERÉS PÚBLICO ACTUAL. EL ROL DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

En el contrato regido por el derecho privado que pueda celebrar la Administración —v. gr. compraventa, locación, *leasing*, etc.— conforme lo previsto en la codificación civil y comercial, prevalece entender la voluntad de las partes, es decir, hallar el sentido de lo que han acordado, al tiempo de la celebración del contrato, una interpretación histórica de la voluntad común alcanzada.

Así, es fundamental aquí entender que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público, de modo que las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva⁽⁴⁰⁾. Se trata de una interpretación hacia el pasado⁽⁴¹⁾, a la vez que las partes no pueden de modo unilateral interpretar el contrato, sino que “el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”⁽⁴²⁾.

En ese sentido señala Bercaitz que en el derecho privado las reglas tienden a interpretar la voluntad de las partes, mientras que el contrato administrativo sucede lo contrario, es más importante el fin público que la voluntad de las partes⁽⁴³⁾. Así también Ariño Ortiz afirma que el régimen del contrato

(40) Art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este artículo fue reformado recientemente por el decreto de necesidad y urgencia N.º 70/23 (B.O. 21/12/23) denominado “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”, de modo de hacer más restrictiva la limitación de la voluntad contractual por normas imperativas. En este sentido se sostuvo en los considerandos del citado decreto 70/23 que debía privilegiarse la capacidad de los individuos para determinar su propio destino, sobre la cual las normas imperativas impedían a las partes decidir sobre la forma, contenido y ejecución de los contratos, llegando algunas veces a imponer requisitos desmesurados para la validez de esos acuerdos, por lo cual correspondía efectuar modificaciones sobre las regulaciones del Código Civil y Comercial de la Nación que obstruyen el ejercicio de las libertades individuales en el ámbito contractual.

(41) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 304:291.

(42) BALBIN, Carlos “Tratado de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo IV, p. 559.

(43) BERCAITZ, Miguel Ángel “Teoría general de los contratos administrativos”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1980, p. 243.

administrativo se caracteriza por una especial protección al interés público buscado, el cual pasa por encima de la estricta relación bilateral⁽⁴⁴⁾.

Como sostienen Moron Urbina y Aguilera, mientras en el derecho privado prima el criterio voluntarista, en la interpretación del contrato administrativo predominan los criterios de conformidad legal del acuerdo y la búsqueda de la finalidad del contrato⁽⁴⁵⁾.

En esa línea Rivero Ysern sostiene que el interés público se presenta, por tanto, como principio básico en la interpretación del contrato administrativo⁽⁴⁶⁾. Es más importante precisar el interés público comprometido en el caso que la voluntad de las partes.

Y por ello se ha llegado a regular como característica del contrato administrativo la “ausencia de libertad contractual”, en tanto la Administración debe seguir los procedimientos legales, y el contratista está regido por aquellos y por los pliegos establecidos⁽⁴⁷⁾.

Todo ello en cuanto cumple asimismo un rol esencial en la materia el principio de legalidad o juridicidad, con base en el cual y como lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el actuar de la Administración pública en materia de contratos públicos se desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes para someterse a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal⁽⁴⁸⁾. La legalidad se erige en una restricción a la autonomía negocial⁽⁴⁹⁾.

En ese marco se podrá determinar el interés público inicial, al momento de celebrarse el contrato. En ese sentido, corresponderá dar precisión de la necesidad que se detectó y que llevó a instrumentar un procedimiento de selección del contratista y posterior celebración del contrato. Ello en aten-

(44) ARIÑO ORTIZ, Gaspar “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”, en ob. conj. —hispanoamericana— “Derecho Administrativo” dirigida por el CASSAGNE, Juan Carlos en homenaje al Prof. Miguel S. MARIENHOFF, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 891.

(45) MORON URBINA, Juan Carlos y AGUILERA B., Zita “Aspectos jurídicos de la contratación estatal”, Fondo Editorial Pontificia Unidad Católica del Perú, Lima, 2019, p. 35.

(46) RYVERO YSERN, Enrique “La interpretación del contrato administrativo”, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1971, p. 75.

(47) Art. 112.2 “Elementos del contrato”, inc. b) forma, ap. IV, de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Mendoza N.º 9003.

(48) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 316:3157; 329:5976 —voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni—; 331:978 —voto del juez Zaffaroni—; 333:1922.

(49) RODRIGUEZ, María José “La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos”, en obra colectiva “Procedimiento administrativo”, T. II, p. 129.

ción a que bajo el principio de “planeación”, se debe establecer la verdadera necesidad de la celebración del contrato⁽⁵⁰⁾.

Luego, en los contratos administrativos debe tenerse en cuenta también cuáles son las necesidades actuales de la colectividad, o en otras palabras, el interés público vigente (actual), por lo cual se trata de una interpretación que mira al presente⁽⁵¹⁾.

Esto entendemos que no descarta que siga siendo una regla prioritaria de interpretación del contrato administrativo la búsqueda de la voluntad real de las partes, para lo cual es insoslayable su texto, y si el sentido literal del contrato es claro y refleja sin lugar a dudas la intención de las partes, a ese tenor ha de estarse necesariamente⁽⁵²⁾, resultando a todas luces improcedente que el sentido patente de las palabras y expresiones empleadas en la estipulación sea sustituido por otro; no tendría sentido el esfuerzo por encontrar un significado diverso, salvo que el texto esté reñido con la intención evidente de los contratantes puesta de manifiesto por diferentes vías o cuando el enunciado contractual sea oscuro o contradictorio⁽⁵³⁾.

Pero buscar el sentido del acuerdo de voluntades en el texto no debe ser un mero ejercicio histórico, sino que necesita confrontarse con el interés público al momento de la interpretación.

En efecto, el interés público no permanece inmutable al momento en que se planeó la contratación y se celebró el contrato, sino que varía en función de las necesidades sociales en la materia.

Es decir, el interés público inicial debe complementarse con el interés público actual.

(50) ROMERO MOLINA, César Augusto “La importancia del principio de planeación en la contratación pública conforme al *soft law* OCDE”, en obra colectiva dirigida por MORENO MOLINA, José Antonio y DIAZ BRAVO, José Enrique “Contratación pública global”, Universidad Santo Tomás, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 67 y sigtes.

(51) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 304:291.

(52) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 305:179; 311:971; 327:5073. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 14/02/02, “Huayqui SA de Construcciones c/ Agua y Energía Eléctrica SE s/ contrato de obra pública”; Sala II, 2/11/21, “Hipódromo Argentino de Palermo SA c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ proceso de conocimiento”; Sala II, 16/09/22, “Hipódromo Argentino de Palermo SA c/ Lotería Nacional Soc. del Estado y otro s/ proceso de conocimiento”; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 2/08/22, “Casino Buenos Aires SA y otros c/ Lotería Nacional SE y otros s/ proceso de conocimiento”.

(53) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 02/02/06, “Universidad de Buenos Aires c/ Amedea Service SRL s/ contrato administrativo”; Sala II, 2/11/21, “Hipódromo Argentino de Palermo SA c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ proceso de conocimiento”; Sala IV, “Universidad de Buenos Aires c/ Amedea Service SRL s/ contrato administrativo”, causa N.º 20.667/98, del 02/02/06; y esta Sala “Hipódromo Argentino de Palermo SA c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ proceso de conocimiento”, N.º 3.471/16, 2/11/21).

Tal como lo sostienen García de Enterría y Fernández, el contrato administrativo busca satisfacer un interés público concreto, pero mutable, tal como la prestación de un servicio público “en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir”⁽⁵⁴⁾.

Entendemos así que existe pues un fin de interés público en esencia inalterable, pero que muta en sus contornos, y al cual debe adaptarse la interpretación del contrato⁽⁵⁵⁾.

El interés público directo del contrato, tal como que exista una determinada ruta en un lugar, será inalterable, lo que puede variar es su contorno, así por ejemplo podría cambiar parte de la traza, las condiciones de construcción, donde ubicar los puentes que la atraviesan, las áreas de servicio etc., acomodándose a las necesidades sociales mutables.

Entendemos que esto significa que cuando se va a interpretar una cláusula contractual, por ejemplo referida a dónde ubicar un puente que atraviese una ruta nueva, la necesidad pública a tener en cuenta ya no es tanto la histórica del momento en que se elaboró la documentación técnica contenida en el pliego licitatorio de la obra, sino la actual, pues no tiene sentido contratar lo innecesario.

En efecto, la mutabilidad del interés público llevada al campo de la interpretación contractual es considerada por ejemplo por Cassagne quien, siguiendo a Solas Rfecas, entiende que en los contratos administrativos el interés público relevante e inmediato juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación⁽⁵⁶⁾.

En el mismo sentido, Granillo Ocampo, siguiendo a Ariño Ortiz, sostiene que el interés público que otorga su finalidad al contrato administrativo se constituye en un principio autónomo de interpretación de este, más importante que la intención subjetiva de las partes⁽⁵⁷⁾.

La idea de esa autonomía, entendemos, requiere considerar el interés público actual. La necesidad de la población respecto de una obra pública varía. En efecto, nótese por ejemplo que cuando se prepara un pliego para la reparación de una ruta que tiene baches, hasta tanto se licite, contrate y comience la ejecución de esa obra, ya esos baches —por las inclemencias

(54) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, 1996, T. I, ob. cit., p. 702

(55) *Ibidem*.

(56) CASSAGNE, Juan Carlos “El contrato administrativo”, Lexis Nexis, Segunda Edición, 2005, con cita de SOLAS RAFECAS.

(57) GRANILLO OCAMPO, Guillermo “Distribución de los riesgos en la contratación administrativa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 88.

del tiempo y desgaste por el uso— seguramente serán más y más grandes. El interés público será que se reparen estos últimos, no solo los previstos originariamente en el pliego, de modo que, en sus contornos, la necesidad de la población sobre ese contrato ya ha variado. Y esto ocurre permanentemente. Luego, tomar ese interés público actualizado es un criterio de interpretación del contrato, pero claro, si lo alterara significativamente, sería necesaria la modificación, aspecto esencialmente distinto, y todo ello en preservación del equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato, que forma parte del derecho de propiedad del contratista⁽⁵⁸⁾.

La interpretación, que como se dijo consiste en establecer el sentido de lo pactado, cuando se realiza con esta mirada del interés público actual, tiene un límite, que es que no se esté modificando el contrato, pues interpretación y modificación son cuestiones distintas, que se desarrollan a través de reglas y ámbitos diferentes.

Como sostiene Marienhoff, la interpretación del contrato debe respetar lo “esencial” de lo estipulado, sin “desviar” dicho texto haciéndoles decir a las partes intervinientes algo en que estas jamás pensaron⁽⁵⁹⁾.

Si el interés público actual requiere la modificación del contrato, no se puede conseguir ello alternativamente con la interpretación.

La prerrogativa interpretativa no puede confundirse con la prerrogativa modificatoria, son dos poderes diferentes, para finalidades y con alcances y efectos distintos, de modo que “interpretar un contrato no es modificarlo” ni en todo ni en alguna de sus cláusulas⁽⁶⁰⁾.

De hecho el principio de mutabilidad, con fundamento en el interés público se ha entendido que básicamente da lugar a la potestad modificatoria o *ius variandi*, y permite a la Administración modificar unilateralmente los términos del contrato administrativo, para que su objeto se realice efectivamente y en tanto el Estado no puede quedar indefinidamente ligado a contratos cuyas condiciones de ejecución ya no resulten adecuadas para satisfacer el interés general, pero siempre con límites y garantías para el cocontratante privado, sobre quien no puede recaer en forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés público y de las cam-

(58) Tratamos el tema en MURATORIO, Jorge I. “El interés público en la garantía de la ecuación contractual pública”, Revista de Derecho Administrativo, agosto 2023, N.º 148.

(59) MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires 1989, Tomo III-A, N.º 829 y sigtes.

(60) Consejo de Estado de Colombia, Sala de Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, 14/2/91, “Sociedad Hecol Limitada”. Allí por ejemplo se afirma que si la Administración advierte un error en una cláusula, no puede corregirlo por interpretación sino que en todo caso debería modificarla.

biantes necesidades colectivas⁽⁶¹⁾. La modificación debe basarse en causas objetivamente necesarias y no afectar el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, bajo límites cualitativos, es decir que debe preservarse la finalidad del contrato y no desnaturalizar su sustancia con un nuevo objeto, y cuantitativos establecidos por el ordenamiento jurídico⁽⁶²⁾.

VII. LA PRERROGATIVA INTERPRETATIVA BASADA EN EL INTERÉS PÚBLICO

Diversas normas de contrataciones receptan la prerrogativa interpretativa, tal como sucede en España, Colombia y Argentina.

En efecto, en el caso de España, la ya referida LCSP, atribuye al órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en dicha ley⁽⁶³⁾. Para el correcto ejercicio de la prerrogativa interpretativa, deberá darse audiencia al contratista y se requerirá informe del Servicio Jurídico correspondiente, a la vez que será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para tal interpretación, cuando se formule oposición por parte del contratista. “Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”⁽⁶⁴⁾.

Según constante jurisprudencia, la prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos es una manifestación de la potestad de autotutela de la Administración, en virtud del interés público que preside su actividad, impidiendo que esta se vea paralizada o afectada por diferencias en el entendimiento de las cláusulas objeto de acuerdo; facultad que debe ejercitarse de conformidad con los requisitos, límites y procedimiento establecidos al efecto en el ordenamiento jurídico, con la preceptiva audiencia del contratista, en los términos de lo dispuesto en el mismo precepto legal⁽⁶⁵⁾.

La justificación se encuentra, conforme lo explica MEILAN GIL, en evitar el perjuicio al interés público que supondría la suspensión de la obra o

(61) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes PTN 253:167.

(62) Oficina Nacional de Contrataciones, Dictamen N.º IF-2018-61019632-APN-ONC#JGM.

(63) Art. 190 de la LCSP.

(64) Art. 191 de la LCSP.

(65) Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de junio de 2020, http://www.ccasturias.es/documentos/2020/dictamen_0147-20.pdf

del servicio público o del suministro para resolver problemas de interpretación⁽⁶⁶⁾.

García de Enterría y Fernández destacan que prerrogativas como la interpretativa, tienen su verdadera razón de fondo en “la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas”, y se traducen en decisiones que tienen un valor previo e inmediato (ejecutoriedad), que deben ajustarse a las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato, lo cual será establecido por el valor definitivo de una sentencia judicial⁽⁶⁷⁾. Queda claro, pues, que la prerrogativa interpretativa permite seguir adelante con el contrato, imponiendo una explicación del contrato de modo ejecutivo, pero no es la palabra final de la solución legal.

En el caso de Colombia, la ley 80 de 1993, prevé que “si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”⁽⁶⁸⁾. Se agrega a ello que se aplicarán a las actuaciones contractuales de las entidades estatales los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa y las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo⁽⁶⁹⁾.

En Argentina, a nivel nacional se ha seguido especialmente el modelo español en la materia, estableciendo el RCAN que la autoridad administrativa tiene la prerrogativa de interpretar los contratos, lo cual incluye resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, mediante el dictado de actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la ley N.º 19.549 y sus modificatorias, es decir, presunción de legalidad y ejecutoriedad⁽⁷⁰⁾.

Se ha explicado que tal facultad de interpretar unilateralmente el contrato recogida en el ordenamiento nacional argentino, responde a cuanto fue considerado por la doctrina española —en especial García de Enterría y Fernández— como una prerrogativa que autoriza a la entidad pública con-

(66) MEILAN GIL, José Luis, ob. cit., p. 38.

(67) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, T. I, 1996, ps. 664 y sigtes.

(68) Art. 15 de la ley 80.

(69) Art. 23 de la ley 80.

(70) Art. 12, inc. a) RCAN. Sin embargo, en la enunciación de actos administrativos dictados en la contratación pública (art. 11 RCAN), no se mencionan los actos administrativos de interpretación.

tratante a practicar la primera interpretación de los textos contractuales, frente a un conflicto de intereses con el contratista particular, a través de un análisis particular que permita continuar inmediatamente la ejecución del contrato, como una “técnica de aseguramiento de los intereses públicos” —Santamaría—⁽⁷¹⁾. De allí que la prerrogativa interpretativa se entienda consagrada “en obsequio a la seguridad jurídica”, de modo que se zanja la duda mediante un acto de interpretación de la Administración, que tiene presunción de legitimidad y ejecutoriedad, a la vez que se resuelve el conflicto interpretativo sin recurrir a la sede judicial, en virtud del interés público comprometido⁽⁷²⁾. Todo ello, por supuesto, equilibrado con garantías suficientes y eficaces de protección al contratista.

Conforme lo expuesto, en todos estos casos la razón de la prerrogativa interpretativa es priorizar el interés público. Destaca Rivero Ysern que, según su procedencia del derecho administrativo español y francés, la prerrogativa interpretativa existe en función del interés público que realiza el contrato administrativo, para obtener su adecuada y pronta satisfacción⁽⁷³⁾.

VIII. EPÍLOGO

En función de lo expuesto, en los contratos administrativos —de colaboración— el interés público se presenta al mismo tiempo como su propia finalidad y criterio rector de su interpretación.

Ese interés público constituye básicamente las necesidades de una determinada población, que deben ser atendidas por la Administración a través de prestaciones de obras, bienes y servicios, que requieren tal contratación, debiendo aquella identificar debidamente tales necesidades. El interés público es de la comunidad, no de la Administración, ni esta representa a aquella, sino que está a su servicio.

La lectura del interés público es compleja y se integra con los distintos grados en que aquel se presenta.

Así, deberá tenerse en cuenta el interés público primario, que surge de la normativa general y específicamente la de contrataciones, el directo, que se pretende satisfacer con el contrato en particular, y el indirecto, proveniente de otras necesidades públicas que se satisfacen en vinculación con

(71) Procuración del Tesoro de la Nación, IF-2018-07937050-APN-PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN del 21/2/18 (fs. 291).

(72) Procuración del Tesoro de la Nación, IF-2018-07937050-APN-PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN del 21/2/18 (fs. 291); Dictamen IF-2018-07937050-APN-PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, 21 de febrero de 2018. EX-2018-05343029-APN-DMEyD#AABE (Dictámenes 304:291).

(73) RYVERO YSERN, Enrique “La interpretación del contrato administrativo”, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1971, p. 43.

el objeto del contrato, como la sustentabilidad y que derivan de la visión estratégica de la contratación pública.

Asimismo, la importancia del acuerdo de voluntades disminuye y queda prácticamente desplazado frente al interés público primario que confluje en el principio de legalidad o juridicidad que se impone en la contratación pública.

De allí entonces que a diferencia del contrato privado —donde impera el principio de libertad negocial—, la interpretación del contrato administrativo —donde impera lo regulado por encima de la libertad negocial— se centra más en determinar el interés público implicado que en el acuerdo histórico de voluntades que hizo nacer el contrato.

A su vez la lectura integral del interés público (primario, directo e indirecto), no puede hacerse solo al momento histórico de las fases preparatorias y de celebración del contrato, sino que también ha de compulsar el interés público actual, que adquiere cierta autonomía, fundamentalmente en su faz directa e indirecta.

De la misma forma, el ejercicio de la prerrogativa interpretativa, en los ordenamientos en que se halla prevista, agrega otra arista del interés público, que deriva del *pacta sunt servanda*, en cuanto el contrato administrativo no debe paralizarse ni suspenderse, sino que debe cumplirse para satisfacer las necesidades públicas pendientes de ello.

Ahora bien, toda esta complejidad que presenta la lectura y consecuente aplicación del interés público para interpretar un contrato administrativo, debe hacerse de forma fundada, fehacientemente acreditada (con primacía de la verdad material), de modo razonable y cuidando de no desvirtuar lo pactado, lo regulado que se integra a lo pactado, ni los derechos del contratista, de modo que no se encubra una modificación contractual (por conveniente que fuera) ni se imponga por interpretación lo que nunca podría interpretarse convenido.

VINCULACIÓN ENTRE EL PRESUPUESTO Y EL PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES

Ing. Oscar Luna (*)

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de Presupuesto y Plan Anual de Contrataciones (en adelante, PAC), no se trata simplemente de mostrar la relación entre ambos, sino de considerar la importancia de esa vinculación, y entender que, solamente con una elaboración correcta y una armonía entre ellos, es posible lograr un cumplimiento efectivo de los objetivos.

El Estado, para su funcionamiento, necesita una planificación de actividades que redunden en beneficios para la sociedad. Estas se encuentran determinadas por las llamadas políticas de gobierno.

Dichas políticas, que involucran sectores como la educación, salud, seguridad, economía y medio ambiente, entre otros, para ser efectivas y exitosas, deben ser ejecutadas y cumplidas con calidad y dentro de determinados plazos. Deben reflejar prioridades y valores, y están basadas principalmente en la gestión de los recursos y la toma de decisiones.

El primer paso para el cumplimiento de los objetivos es que la planificación de estas políticas muestre viabilidad, la cual va a estar dada mayormente por la disponibilidad presupuestaria para la obtención de los insumos, léase bienes y servicios u obras, y una programación acorde que permita obtenerlos en tiempo y forma, además de otros factores.

A través de los años, tanto la planificación como la programación han evidenciado serios inconvenientes en el sector público, en el orden presu-

(*) Ingeniero Metalúrgico. Treinta años en Compras en el sector privado. Diez años director nacional de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC). Redactor de normativa en Contrataciones Públicas en Argentina y países de la región. Miembro fundador de la Red Interamericana de Contrataciones Públicas (RICG). Consultor Internacional desde 2003 como experto en Compras y Contrataciones. Miembro del Observatorio de la Contratación Pública (OCP) de la Universidad Austral.

puerario y del abastecimiento, que trajeron como consecuencia incumplimientos importantes de políticas públicas que, en su mayor parte, se tradujeron en carencias significativas en materia social: falta de viviendas, de infraestructura en educación, de equipamiento en seguridad y de insumos críticos en hospitales; deficiencias en el control y cuidado del medio ambiente, y otras.

Para entender este proceso y el porqué de estos fracasos, es necesario conocer el cómo debería ser, analizando las herramientas que existen para su implementación efectiva.

El 30 de septiembre del año 1992, en Argentina se aprobó la ley 24.156 de “Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional”. Esta ley, clave para el ordenamiento y control de las cuentas públicas, comprende los sistemas de presupuesto, crédito público, tesorería y contabilidad.

Cabe mencionar que la Administración Financiera del Estado tiene como objetivos:

- Facilitar la vinculación de la planificación estratégica y los resultados programados con el presupuesto público.

- Asignar los recursos públicos en función de las políticas, resultados y proyectos del Estado, que tienen por propósito satisfacer las necesidades colectivas.

- Racionalizar y sistematizar los procesos de captación y uso de los recursos públicos.

- Disponer de las asignaciones presupuestarias en la oportunidad que las requieren las unidades responsables de ejecutar los programas sustantivos del Estado.

- Administrar el tesoro público con racionalidad y ejecutando los pagos en las fechas establecidas en los contratos⁽¹⁾.

En relación con lo anterior, Griselda Gómez⁽²⁾ señala que el Sistema de Presupuesto está compuesto por un conjunto de normas, órganos y procesos, y se rige por una serie de principios que son estándar y referentes de buenas prácticas en la mayoría de los países, tales como la vigencia de un año, su discusión legislativa, la aprobación por ley y la rendición de cuentas.

(1) GUTIÉRREZ, R. A., “La Administración Financiera del Estado. Aspectos Generales”, en M. Escoto Saba (ed.), R. A. Gutiérrez (coord.), Manual de Administración Financiera del Estado, CAPGEFI, Santo Domingo, República Dominicana, 2020, p. 60.

(2) GÓMEZ, G., “El Sistema Presupuestario”, en M. Escoto Saba (ed.), R. A. Gutiérrez (coord.), ob. cit., pp. 245-331.

También expresa Gómez que todos los ingresos, gastos y transacciones, sin excepción y sin compensación alguna, deben estar contenidos en el presupuesto y deben existir mecanismos que permitan reasignar créditos presupuestarios entre distintas partidas, y la obligación ineludible de que, tanto en la etapa de formulación como de aprobación y ejecución presupuestaria, exista una paridad entre los ingresos y los gastos.

Además, los presupuestos deben reflejar la naturaleza de los bienes y servicios que se adquieren y sus distintas fuentes de financiamiento, así como otras partidas presupuestarias concretas, evitando asignaciones globales, y deben poseer una estructura y contenido fácilmente comprensible para los ciudadanos.

La autora antes citada continúa expresando que los recursos deben ser gastados exclusivamente en los objetivos establecidos en el presupuesto.

Toda disposición o acto que implique la realización de gastos públicos debe sujetarse en forma estricta al crédito presupuestario autorizado a la entidad.

Todo el concepto de funcionamiento es en el marco de la centralización normativa y la descentralización operativa, o sea, el Sistema del Presupuesto se regula de manera centralizada en lo técnico-normativo, correspondiendo a las entidades su ejecución.

Para analizar la estructura y funcionamiento del Sistema de Presupuesto, habitualmente se lo desagrega en las etapas de formulación, aprobación, ejecución, seguimiento y evaluación.

La etapa de ejecución presupuestaria está basada en la concreción de las políticas, objetivos, metas y productos previamente establecidos, para lo que se requiere la ineludible disponibilidad de los recursos necesarios para su cumplimiento en el momento oportuno. Todo ello en un marco de finanzas públicas saneadas y en situación de equilibrio fiscal, gestión eficiente y transparente y rendición de cuentas al Congreso y a la ciudadanía.

El órgano rector del sistema presupuestario es la Oficina Nacional de Presupuesto, y la reglamentación del art. 15 de la ley 24.156 establece: “El proyecto de Ley de Presupuesto de la Administración Nacional y los respectivos proyectos de presupuesto de las entidades comprendidas en los incisos b), c) y d) del artículo 8° de la ley N.º 24.156 incluirán el detalle de las contrataciones de obras o adquisición de bienes y servicios, con la información que requiera la OFICINA NACIONAL DE PRESUPUESTO”.

Para ello es necesario identificar esos insumos, lo cual se realiza a través de los clasificadores presupuestarios.

II. CLASIFICADORES PRESUPUESTARIOS

“Los clasificadores presupuestarios son herramientas informativas que agrupan los ingresos y gastos de acuerdo con ciertos criterios; su estructura se define sobre la base de las necesidades de los usuarios y de proporcionar información útil. (...) Conforman un sistema de información ajustado a las necesidades de los Gobiernos y de los Organismos Internacionales que llevan estadísticas financieras del Sector Público”⁽³⁾.

Los clasificadores presupuestarios reúnen en un solo documento las distintas formas de clasificar ingresos y gastos públicos, orientando su estudio y aplicación en el proceso presupuestario y facilitando el análisis de sus efectos. Hay diferentes tipos de clasificadores tanto para los ingresos como para los gastos y para los diferentes tipos de insumos que involucra toda la programación.

Así, el Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional⁽⁴⁾ menciona distintos tipos de clasificadores: los válidos para todas las transacciones, que son el institucional y por tipo de moneda; para los recursos públicos, el clasificador por rubros y por carácter económico; para gastos públicos, los clasificadores por ubicación geográfica, por objeto del gasto, por su carácter económico, por finalidades y funciones, por categoría programática y por fuente de financiamiento.

En este contexto, el clasificador por objeto del gasto se utiliza para una ordenación sistemática y homogénea de los bienes y servicios, las transferencias y las variaciones de activos y pasivos que el sector público aplica en el desarrollo de sus actividades.

Asimismo, el Manual menciona que este clasificador permite identificar con claridad y transparencia los bienes y servicios que se adquieren, facilita la programación de las adquisiciones de bienes y servicios, el manejo de los inventarios y otras acciones relacionadas con las modalidades de administración de bienes del Estado. Señala también que ofrece información valiosa de la demanda de bienes y servicios que realiza el Sector Público Nacional y que permite ejercer el control interno y externo de las transacciones.

El clasificador por objeto del gasto tiene cuatro niveles de cuentas: incisos, partidas principales, partidas parciales y partidas subparciales. El inciso 2 corresponde a los bienes de consumo; el inciso 3, a los servicios no personales; y el inciso 4, a los bienes de uso.

(3) *Ibíd.*, p. 260.

(4) Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía de la República Argentina, Subsecretaría de Presupuesto, “Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público Nacional”, 2003.

III. CATÁLOGOS DE BIENES Y SERVICIOS. ORIGEN. IMPORTANCIA. FUNCIONES. TIPOS DE CATÁLOGOS

Para garantizar que durante la ejecución presupuestaria exista una correspondencia entre las partidas afectadas y los insumos adquiridos, entre otras razones, los bienes y servicios deben catalogarse. Esto responde a uno de los principios del sistema presupuestario, que establece que los presupuestos deben reflejar la naturaleza de los bienes y servicios adquiridos, así como sus fuentes de financiamiento y otras partidas presupuestarias concretas, evitando asignaciones globales.

Con ese fin se han utilizado diferentes tipos de catálogos de identificación que, además de permitir una ejecución ordenada de las compras, por los motivos mencionados, han posibilitado, en mayor o menor medida, conocer, comparar, dimensionar y clasificar lo que compra el sector público.

En la Administración Nacional se utiliza aún un catálogo sumamente obsoleto, de casi treinta años de antigüedad, en cuyo código de doce dígitos, los tres primeros coinciden con el clasificador por objeto del gasto. Este catálogo permite vincular correctamente los insumos a comprar con las partidas presupuestarias durante la ejecución, pero su excesivo nivel de desagregación lo hace confuso y poco práctico para otros tipos de aplicaciones, además de requerir un complejo y costoso mantenimiento y no poseer ninguna compatibilización con otros catálogos internacionales.

Con el objeto de homogeneizar criterios, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo elaboró, ya hace varios años, un catálogo con una clasificación jerárquica de cinco niveles; logró así una clasificación que puede ser utilizada por los diferentes países y que sirve de estándar para la identificación de los bienes y servicios.

Este catálogo se denominó *United Nations Standard Products and Services Code* (UNSPSC) o, en español, Productos Estándares de Naciones Unidas y Código de los Servicios. Es un sistema de catalogación que permite, entre otras cosas, identificar con claridad los bienes y servicios y facilitar el control de la ejecución presupuestaria, muy utilizado en la actualidad en la región. De este modo se ha reducido la desagregación en la identificación a solo tres niveles, y los cinco niveles se utilizan solamente para bienes estándar.

Los requerimientos internacionales por la vigencia de los tratados de libre comercio hacen necesaria una catalogación uniforme en los distintos países, pero el objetivo final, aún no alcanzado, es la utilización de un solo catálogo que pueda emplearse en toda la administración financiera, incluidos presupuesto, compras, inventarios, cuentas nacionales, entre otros.

En esa dirección se encuentra la Clasificación Central de Productos (CPC). Esta metodología elaborada por Naciones Unidas posibilita una completa clasificación de productos que comprende bienes y servicios.

“La Clasificación Central de Productos (CPC) consiste en una estructura de clasificación de productos coherente y consistente basada en una serie de conceptos, definiciones, principios y reglas de clasificación internacionalmente acordados. Provee un marco completo por medio del cual se pueden levantar y presentar datos sobre productos, en un formato que permite el análisis económico para apoyar la toma de decisiones y la elaboración de políticas. La estructura de clasificación representa un formato estándar para organizar información detallada sobre productos —ya sea de producción, transformación, comercio a o consumo— de acuerdo con percepciones y principios económicos”⁽⁵⁾.

Algunos países, entre ellos Colombia, están trabajando con el fin de adoptarla para la comparación internacional de estadísticas y para compatibilizar con las normas internacionales productos clasificados con otros sistemas.

IV. PROGRAMACIÓN DE LAS CONTRATACIONES

Una vez definido todo el proceso presupuestario, estableciendo la disponibilidad de recursos para los diferentes conceptos, la programación de la obtención de los bienes y servicios tiene que corresponderse con la mencionada disponibilidad.

Es por ello que el decreto delegado 1023/2001 relaciona presupuestariamente a las compras públicas estableciendo en su artículo 6°, posteriormente modificado por el decreto 666 art. 3°, que “cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional”.

Además, el decreto 1030/2016, reglamentario del decreto 1023, en su art. 8° menciona, ya concretamente, el Plan Anual de Contrataciones: “Las UOC (Unidades Operativas de Contrataciones) elaborarán el Plan Anual de Contrataciones, de conformidad con los créditos asignados en la respectiva ley de presupuesto”.

(5) Naciones Unidas, “Clasificación Central de Productos (CPC Versión 2.1)”, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Estadísticas, Nueva York, 2015, p. 3.

V. EL ENTENDIMIENTO DEL PORQUÉ DEL PLAN

Las diferentes entidades necesitan disponer de los bienes y servicios que hacen a su funcionamiento normal, y de aquellos que requerirán para el cumplimiento de los distintos proyectos programados para el ejercicio.

A pesar de ello, el PAC posee un alto nivel de incumplimiento por parte de las organizaciones públicas y, en la mayoría de los casos, lo confeccionan para cumplir con un mandato, pero no con la vocación de que sea este plan el que permita disponer de un presupuesto acorde con las necesidades del organismo.

Una de las malas prácticas que suelen utilizarse consiste en enviar todos los años el mismo plan, o aumentar las cantidades, previendo recortes en el presupuesto en el momento de ser aprobado. Incrementos estos que, por otra parte, tampoco están basados en datos ciertos.

Es normal que, debido a planes mal elaborados y deficiencias en la gestión, se incremente la ejecución hacia fines de año, lo que genera que, para cumplir con esta, se compren insumos en cantidades inapropiadas o algunos directamente innecesarios.

Es un hecho corriente en la administración que, debido también a las malas programaciones, y a veces por modificaciones en la asignación de las cuotas presupuestarias, se compren insumos en forma extemporánea, sin el debido respaldo presupuestario. Esto ocasiona incumplimientos en los plazos de pago, con las consecuencias tan perniciosas que se generan luego por la falta de competitividad en los procesos de contratación, debido a la reticencia de los proveedores a cotizarle al Estado por este motivo⁽⁶⁾.

Por último, existe una mala costumbre en el sector público, que luego deriva en los resultados que hemos venido mencionando, por la cual se monitorea la ejecución presupuestaria en términos monetarios, es decir, se controla cuánto se ejecuta, pero nunca *cómo* se ejecuta, que es en realidad donde surgen las dificultades de abastecimiento.

Todas estas irregularidades originan, durante el ejercicio, reiteradas compras por urgencia o continuas compras menores de bienes de alto consumo.

Así como los planes generalmente no reflejan las verdaderas necesidades, ni la oportunidad real en que los bienes, servicios y obras deben obtenerse, las disponibilidades presupuestarias, por cuestiones técnicas y políticas, tam-

(6) LUNA, J. O., "El sistema de contrataciones públicas de bienes, servicios y obras. las concesiones públicas. Los fideicomisos. Los contratos de participación público-privada", en M. Escoto Saba (ed.), R. A. Gutiérrez (coord.), ob. cit., p. 643.

co suelen acompañar estos requerimientos, y los techos que se establecen terminan de cerrar esta inconsistencia. Si bien el presupuesto asignado depende de múltiples factores, relacionados con la recaudación, demandas de determinados sectores, objetivos políticos, etc., que impiden en la mayoría de los casos la asignación de los montos requeridos en los planes de compras, el hecho de que estos no muestren la verdadera dimensión de lo requerido distorsiona significativamente la viabilidad de la ejecución, tanto en la obtención propiamente dicha de los insumos como en el momento que llegan.

VI. EN QUÉ SE BENEFICIA LA GESTIÓN DEL ESTADO CON LA ELABORACIÓN DE UN BUEN PLAN

La difusión de los planes, que es obligatoria, genera una transparencia en la gestión que le permite al ciudadano común conocer el destino de lo que paga por impuestos y disfrutar de los resultados en su vida cotidiana con servicios e infraestructura acordes, ya sea en educación, seguridad, salud, y hasta en otras cosas necesarias y básicas para una vida digna, como el esparcimiento.

El mercado proveedor puede conocer con anticipación las oportunidades de venderle al Estado, y prepararse para abastecerlo en tiempo y forma. Además, una correcta planificación permite que otras entidades conozcan qué compran sus colegas, y tengan la oportunidad de estandarizar y consolidar las compras con los beneficios de la economía de escala.

Por otra parte, la elaboración de un buen plan, ajustado de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias, hará que la ejecución cumpla con el mandato principal, que es que toda compra tenga previamente su debida asignación presupuestaria, lo cual posibilitará que se cumplan los plazos de pago. El atraso en el cumplimiento de los compromisos de pago es uno de los principales motivos por los que los proveedores se niegan a cotizarle al Estado.

Si bien durante la ejecución del presupuesto la transferencia de las partidas está permitida y reglamentada, la correcta elaboración del PAC restringe esta posibilidad a situaciones excepcionales. Normalmente la cantidad de modificaciones presupuestarias es mucho mayor de lo que debería ser. La coordinación entre las diferentes áreas durante la etapa preparatoria del plan permite que su reflejo en el presupuesto sea más real y minimice estas modificaciones.

VII. CÓMO DEBERÍA ELABORARSE EL PLAN

El sector público no se ha caracterizado, a través de los años, por poseer una cultura de la planificación. La Ley de Administración Financiera, junto

con su mandato de la elaboración anual de la Ley de Presupuesto, generó la necesidad de planificar la obtención de los bienes, servicios y obras, de acuerdo con ese presupuesto.

Es normal que, a causa de programaciones deficientes, existan reclamos de la sociedad por la carencia de bienes sensibles, como medicamentos de demanda estacional (vacunas), o de aquellos de uso constante para enfermedades crónicas que el Estado está obligado a suministrar.

Esta es una actividad donde se ve con claridad que las normas y los sistemas no pueden brindar todas las soluciones, sino que es el recurso humano quien debe efectuar esta tarea, ayudado tal vez por la facilidad de que la carga se encuentre en un sistema y por la voluntad política de que se elabore a conciencia⁽⁷⁾.

El PAC deberá ser elaborado por las unidades de compras con estrecha colaboración de las áreas usuarias, con recursos profesionales y especializados.

“Las distintas áreas o departamentos deberán emitir, antes de la fecha establecida, un informe en el que detallen las necesidades de bienes, servicios y obras, a contratar en el próximo año indicando:

“1. Objeto del contrato.

“2. Precio estimado.

“3. Duración estimada.

“4. Contratos que finalicen durante ese año y que precisen nueva licitación por continuar siendo necesarios.

“5. Contratos que sean necesarios y estén en condiciones de prorrogar durante ese año.

“6. Trimestre del año en que el contrato deba ser formalizado (o incluso fecha exacta si se conoce).

“Se trata de implementar una cultura de mejora continua en la contratación pública para aumentar la eficacia y la eficiencia del proceso, prever y eliminar riesgos potenciales, reducir trámites innecesarios, perfeccionar los procesos, incrementar la profesionalización en contratación... etc.”⁽⁸⁾.

(7) *Ibíd.*, p. 643.

(8) DÍAZ MORÁN, Y., “Cómo planificar los contratos públicos: especial referencia a las pequeñas y medianas entidades locales”, en J. Pintos Santiago (coord.), *Planificación y Racionalización de la Compra Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, p. 183.

Un tema reiterativo en la gestión de la compra pública es el profesionalismo de los funcionarios. En este caso de la elaboración del plan, ajustarse al mandato de la norma sería recopilar la información, consolidarla en un documento y seguir con el proceso de compatibilización con el presupuesto. Sin embargo, teniendo en cuenta los montos, la zona geográfica, el tipo de bienes u obras, las características de los posibles proveedores, los procedimientos de selección y las modalidades de contratación a utilizar, los aspectos sociales, como también los incentivos a considerar —por ejemplo, a las empresas sustentables, aspectos innovadores, preparación de los requerimientos para facilitar la participación de las PyMEs—, son considerandos que requieren de una sólida formación profesional. Por lo tanto, no se trata solamente de cómo hacerlo, sino fundamentalmente de quién lo hace, y ese no es un tema menor teniendo en cuenta lo mencionado más arriba.

Es muy importante dentro de la elaboración del PAC, en las proyecciones para el ejercicio futuro, no solo saber lo que se necesita hacer, sino considerar su viabilidad tanto económica como técnica. Genera aún más distorsión la planificación de tareas que conlleven la posibilidad de que, luego de ser analizadas, resulten inviables.

Son muchos los factores para tener en cuenta en la confección de un plan:

- Disponer de información histórica, compras, estadísticas de consumo e inventarios actualizados.
- Identificar los bienes de uso, bienes de consumo, servicios y obras.
- Considerar las modificaciones en la planta de personal, los cambios estructurales y de procesos.
- Tener en cuenta las actividades que puedan generarse por nuevos proyectos.
- Estudiar, sobre la base de las estadísticas, los consumos y plazos de obtención de los insumos para reducir los costos de inventarios o evitar faltantes.
- Controlar la obsolescencia de bienes con fecha de vencimiento o fin de su vida útil.
- Planificar la renovación de equipos cambiándolos por otros que cumplan con mandatos de sustentabilidad, ahorro energético o mejor tecnología. Evaluar renovaciones parciales con planificaciones plurianuales.
- Considerar los eventos especiales programados para el ejercicio.
- Recurrir al mercado para el conocimiento de los precios y afectarlos de las variables cambiarias e inflacionarias; para la programación conocer

de antemano posibles mejoras de producto, disponibilidad y plazos de obtención.

- Tener en cuenta en el cronograma de ejecución los regímenes de preferencias.

- Considerar la conveniencia de contratar algunos servicios con terceros.

- Utilizar, para los casos que lo ameriten, procedimientos de compra que permitan entregas parciales o a requerimiento, como es el caso de las órdenes de compra abiertas o los convenios marco.

- Tener en cuenta la estacionalidad por posibles dificultades en la obtención y disponer de alternativas, principalmente en insumos críticos.

- Estudiar opciones tendientes a optimizar costos.

El plan aprobado con su presupuesto requerirá de un monitoreo constante, donde pueden darse variaciones y necesidad de cambio de partidas, como producto de hechos imprevistos y ocasionales durante la gestión, pero dentro de límites acotados que no afecten significativamente el cumplimiento del resto del programa.

El desarrollo de un PAC de manera profesional no puede eludir la tarea de buscar, durante su elaboración, todas aquellas acciones tendientes a optimizar costos y cumplir con los requerimientos de sustentabilidad y cuidado del medio ambiente.

VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES

La experiencia vivida en el mundo durante la COVID-19 dejó importantes enseñanzas que, hasta el momento, las administraciones gubernamentales no parecen haber considerado. Sin pensar en las consecuencias que podría acarrear hoy una situación similar, que seguramente no tendría grandes diferencias con lo ya vivido, es válido considerar estas situaciones extremas para prever acciones que, a través de los años, no han sido prioritarias en la gestión estatal.

Sin tener en cuenta el aspecto presupuestario, que generó un inesperado y muy significativo impacto sobre las cuentas públicas, las consecuencias graves se dieron en el servicio y abastecimiento a la población tanto de insumos alimenticios como sanitarios.

El sector privado, afectado por serias dificultades para producir, ha reformulado después de la pandemia toda su política de abastecimiento, cuestionando incluso conceptos tan arraigados como la globalización.

El sector público no ha reaccionado de la misma forma y, a pesar de pregonar en sus políticas de gobierno, específicamente en materia de compras públicas, temas como los aspectos sociales, la sustentabilidad y la innovación, continúa con sus esquemas tradicionales con muy pocos cambios.

“En medio de la dificultad reside la oportunidad”, dijo Albert Einstein, y la gran dificultad acaecida ha dejado una oportunidad invaluable para profundizar los análisis y cambiar viejos hábitos que, en situaciones extremas, ya han mostrado sus resultados.

La logística, una de las actrices estelares durante la pandemia, ha sido siempre en el sector público motivo de serios inconvenientes. Ni en su cuna, el ámbito militar, ha funcionado correctamente, en algunos casos, ante las emergencias.

Es necesario que en la función pública también exista una reformulación de los propios procesos. Las enseñanzas están, y los cambios no siempre significan grandes erogaciones que puedan afectar el presupuesto, incluso en muchos casos se transforman en una reducción u optimización del gasto.

En materia sanitaria y alimenticia, rubros extremadamente significativos para la sociedad, la gestión de inventarios, a pesar de los avances tecnológicos, sigue siendo una materia pendiente, con continuas carencias de medicamentos esenciales y excesos de alimentos que llegan a su obsolescencia en depósitos inadecuados y pendientes de distribución, o excesivas demoras en los procesos licitatorios.

También en la educación, donde las estadísticas muestran serias deficiencias en la comprensión de textos de los niños, existen procesos licitatorios para compra de libros, fracasados por mala o inexistente programación de la logística.

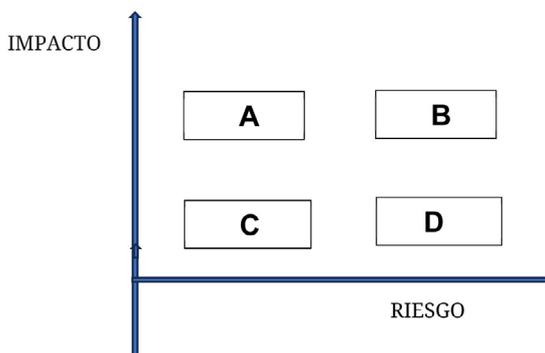
La gran deuda de la contratación pública es la profesionalización de los funcionarios.

Existen estudios sobre la importancia y las características de los insumos, que permiten que una evaluación profesional pueda identificar aquellos en los cuales es necesario fijar la atención a efectos de minimizar los inconvenientes durante la ejecución.

Es así como el principio de Pareto, aplicado a los bienes, establece que el veinte por ciento de los bienes programados representan el ochenta por ciento del presupuesto. Esto ayuda a que, mediante datos estadísticos, se pueda determinar cuáles son aquellos insumos más significativos desde el punto de vista económico para poder considerarlos, de acuerdo con las cuotas presupuestarias, de manera acorde a la programación.

Por otra parte, considerando las características de los bienes y servicios en el proceso productivo del organismo, existe la denominada Matriz de Kraljic. Esta herramienta permite clasificar los bienes y servicios de acuerdo con el riesgo en el abastecimiento y su impacto en el proceso productivo de la institución.

Se representa en dos ejes, el horizontal indica el riesgo en el suministro y el vertical su incidencia en el proceso (ver figura abajo).



Con este diagrama se puede definir, en función de las características de cada bien o servicio y su procedencia, disponibilidad y calidad de proveedores, tiempo de obtención y costo, una estrategia de abastecimiento y, por lo tanto, esto se puede reflejar en el PAC.

- BIENES O SERVICIOS TIPO A:

Alto impacto y bajo riesgo de suministro.

Bienes estándar y abundancia de proveedores.

Posibilidad de obtener precios competitivos y asegurar abastecimiento con proveedores idóneos.

- BIENES O SERVICIOS TIPO B:

Alto impacto y alto riesgo de suministro.

Bienes o servicios críticos donde, de acuerdo con su costo, puede incrementarse el inventario, asegurar la idoneidad de los proveedores y evaluar la conveniencia de poseer más de una fuente.

- BIENES O SERVICIOS TIPO C:

Bajo impacto y bajo riesgo de suministro.

Elementos de poca trascendencia para la institución, tanto en lo económico como en lo estratégico. Se pueden simplificar los procesos de obtención optimizando costos sin comprometer la calidad.

- BIENES O SERVICIOS TIPO D:

Bajo impacto y alto riesgo de suministro.

Proveedores escasos. Puede ser un único proveedor. La estrategia de compra se enfoca en garantizar la disponibilidad de estos materiales, tener inventarios más generosos, buscar continuamente proveedores alternativos, elaborar un plan de contingencia por posibles faltantes.

Dentro de las enseñanzas que dejó la pandemia, con las serias dificultades que se produjeron fundamentalmente en aspectos logísticos por el transporte, y coincidiendo con políticas que aplicó el sector privado, en el sector público deberían incentivarse las compras por innovación con desarrollos locales que, además de solucionar o minimizar problemas de abastecimiento, fomentarían el desarrollo de las PyMEs o PyMEs mujer y crearían nuevas fuentes de trabajo.

IX. CONCLUSIONES

El funcionamiento del Estado es complejo, y está sujeto en materia presupuestaria a acontecimientos locales e internacionales. Las decisiones políticas no siempre acompañan a lo técnico. Lo que se ha expuesto en el presente artículo está basado en los aspectos conceptuales de la administración financiera. Tanto en la elaboración del presupuesto como en la confección de los PAC, influyen factores que, a menudo, distorsionan lo normal. Las cuotas presupuestarias muchas veces no respetan lo programado y los planes anuales deben modificarse y ajustarse a las nuevas realidades. De todas formas, la programación ha sido, y es dentro de las instituciones, sin considerar los eventuales acontecimientos ajenos, una carencia que origina dificultades serias a la población en todos aquellos servicios elementales que necesita el ciudadano común.

Las compras y contrataciones no han sido ni son prioritarias para la clase política, por lo que, tanto en las programaciones como en los procesos licitatorios, los resultados están a la vista.

Se ha trabajado desde el órgano rector en la elaboración de normativa, pero el sistema de información y compra *online* no está vinculado con el sistema de información financiera, lo que significa que la vinculación presupuesto-plan anual no es precisamente la más ortodoxa. El sistema de catalogación es obsoleto. La planificación de las entidades adolece de falta de profesionalidad y no existen indicadores que la faciliten.

Es necesaria una urgente jerarquización en la materia con funcionarios profesionales y capacitados.

No son soluciones que puedan mostrar resultados en el corto plazo, pero la sociedad lo demanda y debe iniciarse el camino.

EL LEGÍTIMO ABONO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS DE BIENES Y SERVICIOS

Bárbara Fernández Villa (*)

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es delinear los requisitos que se deberían cumplimentar para que la Administración pública proceda al pago de las facturas en concepto de bienes y servicios⁽¹⁾ que solicitó y recibió sin realizar el procedimiento de selección correspondiente, es decir, apartándose del régimen de contrataciones vigente, procedimiento conocido como pago de legítimo abono.

En ese marco, se expondrán las consecuencias de realizar una contratación pública sin cumplir el procedimiento exigido, puesto que, si bien en dichas situaciones nos encontraríamos frente a una contratación nula (por padecer un vicio grave, ya sea en el modo en cómo se perfeccionó el contrato o porque directamente no se lo celebró), el proveedor podrá, cumplimentando ciertos requisitos, reclamar el pago de las prestaciones.

El pago de estas prestaciones lo podrá reclamar con fundamento en que no resulta válido que exista un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración. A ese fin, el eventual reclamo debe cumplir los presupuestos de procedibilidad de la acción *in rem verso* —acción de restitución—, y en consecuencia cabe resaltar que el precio a pagar seguramente no coincida con el precio que el proveedor desea facturar, puesto que el importe a abonar debe excluir la ganancia que pretende el proveedor.

No obstante, en la práctica habitual de la mayoría de los organismos públicos en Argentina se suele abonar el precio de la última orden de compra o

(*) Abogada (UCA). Magister en Derecho LL.M. Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Coordinadora de la Especialización en Contrataciones Públicas, Universidad Austral. Docente de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) y miembro del staff del Observatorio de la Contratación Pública (ObCP).

(1) Si bien no es la práctica habitual, el legítimo abono también podría darse en la contratación de obras.

el precio de mercado, sin cumplimentarse los presupuestos de procedibilidad de la acción de restitución y por tanto se abona con la ganancia, lo cual es incorrecto.

Se partirá de la exigencia legal de la licitación pública en las contrataciones públicas, y aún a falta de previsión legal, por principios constitucionales y convencionales, también sería exigible un procedimiento administrativo público y reglado.

En segundo término, se propiciará caracterizar al legítimo abono, enunciar algunos de sus supuestos, y señalar cómo la realidad imperante en Argentina acoge dicha figura.

En tercer lugar, se describirá en qué consiste la acción de enriquecimiento sin causa y cuáles son los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción *in rem verso*.

Con todo ello, abordaré el aspecto central de este trabajo que consiste en desarrollar los requisitos y pasos a seguir, según mi opinión, por los organismos públicos ante las solicitudes de pagos de “legítimos abonos”.

Por último, expondré mis reflexiones finales.

II. EL LEGÍTIMO ABONO. CARACTERIZACIÓN. SUPUESTOS. RIESGOS

Con anterioridad a la exigencia de la licitación o concursos como regla general en la normativa nacional en Argentina, en la doctrina y jurisprudencia argentina se discutió si la regla general que debía regir la contratación administrativa era el principio de la libre elección o, por el contrario, debía realizarse la contratación a través del procedimiento de licitación pública.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclinó, siguiendo a Marienhoff, en el caso “Meridiano”⁽²⁾, por la postura que sostiene el principio de libre elección o contratación. La doctrina expuesta en el caso “Meridiano” es categórica al apuntar que “a falta de una norma expresa que exija la licitación pública para elegir al cocontratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto”.

No obstante, la exigencia legal de la licitación pública en las contrataciones públicas, aún a falta de previsión legal, por principios constitucionales

(2) CSJN, 24/04/1979, “Meridiano S.C.A y otras c/ Administración General de Puertos s/ demanda daños y perjuicios”, Fallos: 301:292.

y convencionales, también sería exigible un procedimiento administrativo público y reglado⁽³⁾.

Ahora bien, en general los regímenes de contrataciones prevén a la licitación o concurso público como regla general. Así sucede en Argentina por cuanto el decreto delegado N.º 1023/01⁽⁴⁾, que aprueba el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establece que el procedimiento de selección del contratista para la ejecución de los contratos se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda.

Según Comadira, la licitación pública “es un modo de selección de los contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa, por medio del cual éstos invitan, públicamente, a los posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público”⁽⁵⁾.

Tanto la licitación pública como los demás procedimientos de selección y contratación se inscriben en la órbita del procedimiento administrativo y por tanto se encuentran integrados por una serie ininterrumpida de actos⁽⁶⁾ y constituyendo una secuencia, ordenada y metódica, de diversos estadios, cada uno de los cuales tiene un contenido propio, indispensable para su configuración, pero que, por sí solo, no es suficiente para darle vida⁽⁷⁾.

(3) COMADIRA, J. R., “La licitación pública: nociones, principios, cuestiones”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2a ed., p. 49. Comadira enseña que la licitación pública, además de los casos en que es requerida por la norma, en nuestro ordenamiento es requisito esencial para el dictado del acto pertinente por los principios aplicables a la contratación pública.

(4) El decreto delegado N.º 1023/01, B.O. 16/08/01, fue dictado en ejercicio de las facultades de orden legislativo que le fueron delegadas al Poder Ejecutivo Nacional a través de la ley 25.414 de Emergencia Económica (B.O. 30-3-01), por lo que tiene rango y jerarquía legal. Conforme lo dispone su art. 39 también resulta aplicable a los Poderes Legislativo y Judicial y al Ministerio Público, quienes tendrán que reglamentar el Régimen para su aplicación en sus respectivas jurisdicciones.

(5) COMADIRA, ob. cit.

(6) Marienhoff hace la siguiente enumeración de los diversos tramos que en su camino recorre el procedimiento de la licitación: el pliego de bases y condiciones, la invitación o llamado a licitación, la presentación de propuestas, la apertura de los sobres, la adjudicación, y, eventualmente, el perfeccionamiento o formalización del contrato administrativo (MARIENHOFF, M., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1993, p. 280).

(7) En tal sentido, Monti sostiene que el procedimiento de selección del contratista estatal como consecuencia del principio de legalidad es, en principio, reglado, puesto que la actuación de la Administración cuando contrata no puede ser distinta a toda la actuación administrativa (MONTI, L., “Los contratos de la Administración pública en la jurisprudencia de la CSJN”, en AA. VV., Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos, Ediciones Rap, 2013, p. 342).

Ahora bien, sin respetarse el régimen de contrataciones vigente en cada jurisdicción, los cuales persiguen en cierta medida el buen uso de los recursos públicos, el Estado en algunos supuestos contrata con particulares o empresas proveedoras sin cumplimentar los recaudos exigidos por la normativa, ya sea que contrata bienes y servicios sin cumplimentar en sus etapas previas la totalidad de las exigencias que la normativa prevé o directamente se aparta totalmente del régimen legal vigente.

Si bien en dichos supuestos nos encontraríamos frente a una contratación nula, por padecer un vicio grave, ya sea en el modo en cómo se perfeccionó el contrato o porque directamente no se lo celebró (es decir, se trataría de situaciones pasibles de la sanción de nulidad puesto que no se respetaron las formalidades que la normativa exigía), el proveedor podrá, cumplimentando ciertos requisitos, reclamar el pago de los servicios o bienes entregados y recibidos por la Administración.

En Argentina, es doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostenida también por la Procuración del Tesoro de la Nación, que “[l]a validez y eficacia de los contratos administrativos se sujeta al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación” y por ello “la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia”⁽⁸⁾.

En estos casos en que se solicita la provisión de un servicio o la entrega de bienes a un proveedor sin seguirse los procedimientos de selección previstos por la normativa vigente, se vulneran los principios generales de la contratación administrativa —eficiencia, igualdad, concurrencia, transparencia, publicidad y difusión—, por cuanto no se puede asegurar la real y leal competencia entre oferentes, la igualdad en la posibilidad de ser seleccionados, la mejor calidad al mejor precio que resultaría precisamente de asegurar la concurrencia entre oferentes, todo lo cual afecta al interés público y atenta contra la juridicidad que debe prevalecer en todo el accionar de la Administración⁽⁹⁾.

(8) CSJN, 22/04/1986, “Hotel Internacional Iguazú S.A. c/ Estado Nacional”, Fallos: 308:618; CSJN, 30/03/1993, “Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c/ Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ nulidad de resoluciones”, Fallos 316:382, entre otros.

(9) FERNÁNDEZ VILLA, B., “El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional”, Revista RAP, 2017, 460, p. 61.

Estos supuestos son conocidos en Argentina como “legítimos abonos” o “reconocimiento de gastos”, ya que se trata de que un particular tendría derecho a que se le abone una prestación o, desde otro punto de vista, que el organismo público propicie reconocer un gasto. Al respecto, en este trabajo me referiré a los mismos con la primera acepción: legítimo abono.

Los supuestos más habituales son los siguientes: a) se continúa con la prestación una vez vencido el contrato oportunamente celebrado en el marco del régimen de contrataciones vigente en esa jurisdicción (continuación del contrato vencido); b) cuando, sin existir contrato previo, se solicita directamente a un proveedor la entrega de bienes o prestación de servicios sin contrato, apartándose del régimen aplicable, ya sea: b.i) por una urgencia o emergencia (por ej. ante una contratación interrumpida intempestivamente, o ante una inundación, o porque no se llegó a tiempo con el trámite de una licitación en trámite, o porque quedó fracasado o desierto un llamado en curso), o bien b.ii) sin mediar una urgencia o emergencia se elige igualmente a un proveedor discrecionalmente sin seguir el procedimiento de contratación que prevé la norma ante esa situación; y c) se celebra un contrato que no cumplimentó en sus etapas previas la totalidad de las exigencias de la normativa vigente.

La experiencia indica que, en el primer supuesto, cuando se trata de la continuación de un contrato vencido, en la mayoría de los casos el bien o servicio se recibe y la factura se paga tal cual sería el precio en el marco de un contrato, es decir de acuerdo al precio consignado en la última factura del contrato adjudicado.

En los otros supuestos, cuando se contrata de manera irregular, es decir apartándose del régimen jurídico o perfeccionando el contrato sin cumplir la totalidad de las formalidades exigidas, se suele facturar el precio de mercado.

Más allá de que el precio a pagar no deberá ser el mencionado en los dos párrafos anteriores, lo cual se explicará en los puntos siguientes (puesto que se deberá abonar esas entregas de bienes o prestaciones de servicios sin la ganancia esperada), el proveedor además corre ciertos riesgos de que directamente no se le abone nada. Los problemas surgen cuando: a) hay cambios en la gestión, ya que el actual funcionario puede mostrarse reticente a aprobar el pago de una factura por bienes o servicios que se recibieron sin contrato válido, b) de manera similar, aunque no haya cambios en la gestión del gobierno, el funcionario que decidió realizar la contratación (apartada del régimen legal respectivo) ya no está en el cargo; c) el bien o servicio no cumple con la necesidad actual de la Administración; d) o bien surge algún inconveniente con la autorización del pago de la factura presentada por el contratista.

III. PAGO DE LAS PRESTACIONES. EL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El pago de las prestaciones en los supuestos de nulidad de contrato o, en lo que aquí interesa, legítimo abono, tiene su fundamento en que no resulta válido que exista un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración, que ocurriría si se recibieran bienes o servicios sin contraprestación económica alguna, con el consiguiente empobrecimiento de quien presta el servicio o provee el bien.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), en los casos en que se reclama al Estado el pago de un servicio o trabajo realizado o la entrega de bienes sobre la base de una contratación nula, sostienen que de haberse recibido esa prestación ello podría implicar un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración y, por tanto, remiten al instituto del enriquecimiento sin causa, siempre que se cumplimenten los presupuestos de procedibilidad de la acción de restitución.

Esta acción de restitución es conocida en la doctrina como “acción in rem verso”, que es aquella acción que tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido. Encuentra su fundamento en la equidad que da sustento a la pretensión del empobrecido, pues nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa legal a costa de otro.

Por ello, el eventual reclamo debe cumplir los presupuestos de procedibilidad de la acción *in rem verso*, y cabe destacar que del resultado de dicha acción el precio a pagar seguramente no coincida con el precio que el proveedor desea facturar, puesto que el importe a abonar debe excluir la ganancia que pretende el proveedor.

Por tanto, en este orden de ideas, el reclamo del proveedor deberá basarse en la acción *in rem verso*, la cual comprende los siguientes presupuestos:

1. *Enriquecimiento del demandado*: comprende toda ventaja, patrimonial o no, susceptible de apreciación pecuniaria. En estos casos, el demandado será un ente de la Administración, que haya utilizado o pueda utilizar el bien o prestación efectuada por el particular.

2. *Empobrecimiento del actor*: motivado precisamente por la falta de contraprestación. El actor debe probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento propio. Por ello, si la cosa o valor que representan el enriquecimiento no pertenecen al actor, la acción *in rem verso* resulta improcedente por no mediar empobrecimiento. El empobrecimiento del actor implica el menoscabo o detrimento efectivo que sufre el patrimonio del accionante, sin que medie por parte de este intención de donar.

En Argentina la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo reiteradamente que cuando a una situación puedan resultarle aplicables los principios de enriquecimiento sin causa, el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor⁽¹⁰⁾.

3. *Relación causal entre ambos*: esto es, correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Así, si el empobrecimiento no es debido al enriquecimiento, sino que el perjuicio o pérdida es el resultado de otras causas, la acción in rem verso no es procedente. De igual manera, el enriquecimiento del demandado debe ser a costa del reclamante o producir el desplazamiento patrimonial, es decir, implica toda invasión a la esfera jurídica del actor empobrecido.

4. *Ausencia de causa justificante*: tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben aparecer desprovistos de causa que los legitime o explique jurídicamente. La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que no tiene que haber relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición.

5. *Subsidiariedad de la acción*: esto es carencia de otra acción útil —nacida de un contrato o de la ley— para remediar el perjuicio. Si se dispone de otra vía admisible para la satisfacción del interés en juego, derivada de cualquier fuente de las obligaciones —contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley—, el empobrecido debe recurrir a ella y no puede interponer la acción in rem verso. Por ello, el empobrecido —titular de la *actio in rem verso*— debe carecer de otra acción, tendiente a restablecer el equilibrio de los patrimonios, nacida de la ley, contrato, acto ilícito, gestión de negocios, voluntad unilateral o ejercicio abusivo del derecho. De allí que la acción es subsidiaria. Por su carácter supletorio, la acción in rem verso no modifica las soluciones legales existentes. Si una situación está prevista y resuelta por las disposiciones de la ley, son estas normas las que deben aplicarse y no procede la acción *in rem verso*⁽¹¹⁾.

Además de estos requisitos, una parte de la doctrina agrega el elemento subjetivo: la exigencia de buena fe del empobrecido, es decir, que no haya mediado dolo o culpa de parte de aquel, aunque actualmente en el derecho privado prevalece la tendencia objetiva, que hace caso omiso de la verificación de aquella circunstancia.

(10) PTN, Dictámenes 238:9; 239:17; 247:116; 248:43; 249:37; 249:40; 249:43; 249:178; 249:188, 251:751; 280:107; entre otros.

(11) HERRERA DE VILLAVICENCIO, B. A., “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, en AA. VV., Cuestiones de Contratos Administrativos, Ediciones Rap, 2007, pp. 107-110.

En esta materia de las contrataciones públicas, el tema giraría por evaluar en cada supuesto si el particular que se ha empobrecido por una su- puesta prestación que ha efectuado al Estado puede verosímilmente invo- car buena fe si, por ejemplo, se han omitido los procedimientos reglados de selección del contratista.

La exigencia de buena fe del particular se acentúa en el caso de los pro- veedores o potenciales proveedores del Estado, por su deber de diligencia calificado (mayor al de un buen hombre de negocios) y por ello no parece que, en el marco de esa exigencia, se les pueda disculpar la ignorancia de la inexistencia de contrato —sea porque ninguna convención ha sido perfeccionada o porque, aun de existir esta, se configura la omisión de formas esenciales para el perfeccionamiento del vínculo con el Estado—, en espe- cial porque las formalidades con que deben celebrarse los contratos admi- nistrativos se hallan dirigidas a la protección del interés público y la legalidad del gasto.

Canda sostiene que si la posición de la Corte en punto a desconocer la existencia de contrato alguno y de derechos emanados de estos cuando no se han respetado los procedimientos previos viene informada de un afán de exigencia ética y de transparencia en la relación contractual, resultaría incongruente que lo que se veda por vía de negación del contrato se reconozca luego mediante el instituto del enriquecimiento sin causa, a menos que el cocontratante acredite su buena fe y desconocimiento de los trámites o procedimientos omitidos, y por ello considera razonable el requisito de la ausencia de mala fe o culpa en el empobrecido pero estima que la presun- ción de conocimiento del vicio debe ser solo *iuris tantum* y refutable por prueba en contrario, pues no es dable predicar una ecuación necesaria entre la condición de contratista y la de especialista en el conocimiento de los trámites y procedimientos estatales, dependiendo ello de factores diversos que deberán ser sopesados en cada caso por los tribunales⁽¹²⁾.

Desde otro punto de vista, Coviello señala que “si la Administración co- noce que la obra se está llevando a cabo y nada dice, el silencio es cómplice *asentimiento*, y la negación posterior es simplemente *mala fe*”⁽¹³⁾.

Ivanega efectúa un análisis del principio de la buena fe en los contra- tos administrativos en el que afirma que, si bien defiende el principio ge- neral de la licitación pública y acepta la rigidez con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzga su omisión, entiende que limitar el análisis a

(12) CANDA, F. O., “La importancia del elemento forma en el contrato administrativo. (Consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, en AA. VV., Cuestiones de Contratos Administrativos, Ediciones Rap, 2007, p. 46.

(13) COVIELLO, P. J. J., “El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”, en AA. VV., Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos, Ediciones Rap, 2013, p. 237.

si estamos frente a un supuesto de nulidad o inexistencia y hacer depender de ello el pago de servicios efectivamente realizados —y aprobados— o la devolución de bienes entregados, puede derivar en una mayor injusticia que la que se quiere evitar —si se admitiera la validez de contratos celebrados al margen de la legalidad—⁽¹⁴⁾.

En mi opinión, considero que resulta muy difícil que el reclamante de una prestación pueda demostrar en el caso particular que ha obrado de buena fe, más considerando el deber de diligencia calificado que se les exige a los contratistas del Estado, los que deberían demostrar que desconocen la normativa aplicable a las contrataciones del Estado. Estimo que en la mayoría de los casos no será posible tal demostración y con ello no se le abonaría suma alguna por los trabajos o bienes entregados, enriqueciéndose la Administración a costa del patrimonio de otro.

Por tanto, entiendo que no debería requerirse el elemento subjetivo como requisito para la procedencia de la acción del enriquecimiento sin causa, ya que con pagar solo lo que resulte de dicha acción —empobrecimiento que no debe contener la “ganancia estimada por el proveedor”— basta para desalentar este tipo de prácticas que atentan contra todos los principios que deben regir las contrataciones públicas, de manera de salvaguardar también la justicia y equidad que deben regir en toda actuación estatal⁽¹⁵⁾.

IV. DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El *leading case* en la materia es el fallo “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima”⁽¹⁶⁾, dictado el 1° de junio de 2000, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación traza la siguiente ecuación: respecto de las formas como condición de existencia del contrato, si no hay contrato, no hay derechos deducibles con fundamento en él.

El *holding* de la sentencia es que no existió contrato, porque para que lo hubiera era menester respetar las formas y los procedimientos establecidos en la legislación administrativa (ley de contabilidad, en el caso). Al no verificarse los recaudos de la previa habilitación presupuestaria y la realización de una licitación pública, entonces no se cumplió con un requisito esencial que hace a la existencia del contrato que se invoca⁽¹⁷⁾.

(14) IVANEGA, M. M., “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, Revista RAP, 2009, 360, p. 43.

(15) FERNÁNDEZ VILLA, ob. cit., p. 68.

(16) CSJN, 01/06/2000, “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos”, Fallos: 323:1515.

(17) CANDA, F. O., “La importancia del elemento forma...”, pp. 42-44.

Seis meses después de la sentencia dictada en “Más Consultores”, el 5 de diciembre de 2000, en el fallo “Ingeniería Omega c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁽¹⁸⁾ la Corte emitió un pronunciamiento que resultó determinante en materia de enriquecimiento sin causa en las contrataciones del Estado.

La ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires había contratado, en forma directa, unos trabajos y reparaciones efectuados en el Hospital Cosme Argerich. La Cámara Civil había hecho lugar a la demanda de la actora, aplicando el principio del enriquecimiento sin causa puesto que consideró que más allá de que el contrato padezca de vicios en su etapa preparatoria (falta de autorización, vicios en la admisión, adjudicación, publicación, etc.), corresponde que la Comuna pague, desde que los trabajos cumplidos por la actora la beneficiaron, pues se ha configurado así el presupuesto del enriquecimiento sin causa a favor del Estado.

La Corte revocó la sentencia de la Cámara Civil, sosteniendo: “[...] los agravios de la apelante deben ser acogidos pues no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación [...]” (considerando 9º) y que no corresponde fundar la decisión condenatoria, como lo hizo el *a quo*, en los principios del enriquecimiento sin causa, toda vez que ello importa una grave violación del principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de “cobro de pesos” en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada (considerando 10).

Para así decidir, la Corte sostuvo los siguientes principios que luego fue repitiendo en sus siguientes pronunciamientos: “[...] este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación [...]” (considerando 5º). En este punto citó los Fallos: 308:618; 316:382 y la causa M.265.XXXIII “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Santiago del Estero, Provincia de - Ministerio de Economía s/ cobro de pesos”, sentencia del 1º de junio de 2000.

En razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, consideró: “[...] el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público [...]” (considerando 6º)⁽¹⁹⁾. Además, la

(18) CSJN, 05/12/2000, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 323:3924.

(19) La Corte consideró que, por tanto, debe acudir a las normas sobre contrataciones que regían en la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, las que “[...] exigían que las contrataciones de la comuna se hicieran por licitación pública; y admitían, sólo en forma excepcional, la licitación privada y la contratación directa en determinados su-

Corte volvió a sostener: “[...] la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta [...]” (considerando 8º).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el tema en varios fallos⁽²⁰⁾, entre los que cabe resaltar: “Carl Chung Ching Kao c/ Provincia de La Pampa”⁽²¹⁾ en el que la Corte —siguiendo la doctrina sentada en “Más Consultores”— entendió que existieron vicios de forma y, por tanto, rechazó la demanda del médico extranjero; “Cardiocorp c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁽²²⁾; “CASE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”⁽²³⁾; “Lix Klett c/ Biblioteca Nacional”⁽²⁴⁾; y “Estado Nacional c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”⁽²⁵⁾. En el último fallo mencionado, la Corte señala que, además de que la Provincia de Buenos Aires ha recibido los beneficios propios del servicio —que no niega— se han cumplido las exigencias que permiten la erogación correspondiente en los términos previstos en el decreto 1344/04.

Con relación a la oportunidad de la invocación en sede judicial del instituto del enriquecimiento sin causa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene una postura estricta puesto que exige que la acción de restitución sea invocada por la actora al momento de entablar la demanda, requiriéndose el planteo de la acción de enriquecimiento sin causa al menos en subsidio. Así lo asentó la Corte en el caso “Ingeniería Omega”⁽²⁶⁾

puestos, entre los cuales no resulta de las actuaciones que se encuentren los que motivan este proceso”.

(20) Ver: COVIELLO, P. J. J., “El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”; FERNÁNDEZ VILLA, B., “El pago de legítimo abono...”, ob. cit.

(21) CSJN, 25/09/2001, “Carl Chung Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos: 324:3019.

(22) CSJN, 27/12/2006, “Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 329:5976.

(23) CSJN, 05/10/2010, “CASE SACIFIE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 333:1922.

(24) CSJN, 31/07/2012, “Lix Klett S.A.I.C. (s/ quiebra) c/ Biblioteca Nacional - Sec. de Cultura de la Nación s/ cobro de sumas de dinero”, Fallos: 335:1385.

(25) CSJN, 9/11/2017, “Estado Nacional c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos 340:1570.

(26) CSJN, 05/12/2000, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 323:3924.

afirmando la necesidad de su planteo en la primera presentación puesto que de lo contrario se produciría una grave violación del *principio de congruencia*, ya que la actora fundó su demanda de “cobro de pesos” en el supuesto incumplimiento contractual, y no en el instituto del enriquecimiento sin causa.

V. DOCTRINA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que corresponde en estos casos que el organismo de origen merítue y verifique si ha existido un enriquecimiento sin causa y la medida de tal enriquecimiento. En ese sentido, se ha referido en sus dictámenes a los casos en que por la nulidad de la contratación —en general por no haberse cumplimentado con la normativa aplicable al caso— corresponde desde los organismos de origen merítuar y verificar si existe enriquecimiento sin causa a favor de la Administración, siempre que se encuentren reunidos los requisitos necesarios para la procedencia de la acción *in rem verso*: enriquecimiento de una parte; empobrecimiento de la otra; relación causal entre ambos; ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición); y carencia de otra acción útil —nacida de un contrato o de la ley— para remediar el perjuicio⁽²⁷⁾.

Su doctrina en materia de contratos administrativos se inicia en 2001 en cuyo pronunciamiento consideró que la contratación se encontraba viciada de nulidad absoluta, puesto que la violación de normas en el procedimiento vicia de nulidad absoluta el contrato referido. En el caso, no se había seguido el procedimiento que establecía el decreto N.º 436/2000⁽²⁸⁾.

En tal sentido, recordó el principio sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que “la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (cfr. Fallos: 308:618; 316:382; 323:1518)”⁽²⁹⁾.

(27) Los presupuestos de la acción *in rem verso* están detallados en el Punto III del presente trabajo.

(28) PTN, Dictámenes 238:9, Dictamen de fecha 10 de julio de 2001.

(29) *Ibidem*.

Los mismos principios volvieron a asentarse en los pronunciamientos de los años 2001⁽³⁰⁾, 2003⁽³¹⁾, 2004⁽³²⁾ y 2008⁽³³⁾. En ellos, la Procuración sigue la misma lógica de pensamiento. Y, por tanto, no obstante la nulidad de la contratación, si hubo efectiva prestación de servicios (realización de trabajos o entrega de bienes) el organismo de origen deberá meritar y verificar si, en el caso, ha existido enriquecimiento sin causa y la medida de tal enriquecimiento.

En los años 2012⁽³⁴⁾ y 2013⁽³⁵⁾ se emiten dos dictámenes interesantes en la materia, en los que la Procuración del Tesoro de la Nación, en los casos en que se pudiera concluir que existe un enriquecimiento sin causa, sostuvo que corresponderá que la empresa reclamante presente —con relación a las prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre fehacientemente acreditado y que no hayan sido abonadas— los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende, es decir, restando de las sumas reclamadas el margen de beneficio que contengan para, sobre esa base, establecer el monto que finalmente deberá abonar el organismo contratante.

Luego, la Procuración del Tesoro de la Nación vuelve a referirse al tema en el año 2017⁽³⁶⁾ en un caso en el que se pretendía caracterizar al legítimo abono como una contratación pública por urgencia. En dicho pronunciamiento sostuvo que “[u]n legítimo abono exige regular el pago de las facturas reclamadas observando los extremos o presupuestos necesarios para la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa, donde el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco exceder del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor”.

Respecto de la urgencia señaló: “Un contrato válido por razones de urgencia exige que haya sido suscripto por la autoridad competente. La prue-

(30) PTN, Dictámenes 239:17, Dictamen de fecha 3 de octubre de 2001.

(31) PTN, Dictámenes 247:116 (Dictamen N.º 505 del 21 de octubre de 2003) y 247:38 (Dictamen N.º 483 del 9 de octubre de 2003). En Dictámenes 247:38 señaló que “[l]a fuente de la obligación y del reconocimiento del pago como legítimo abono radica en la situación de enriquecimiento sin causa de la Administración al haber recibido un servicio útil como es la asistencia técnica a los helicópteros de la dotación de la Presidencia de la Nación sin contraprestación alguna y un correlativo empobrecimiento de la firma reclamante motivado precisamente por la falta de contraprestación”.

(32) En el año 2004 la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) se expidió en varios pronunciamientos: Dictámenes 248:43; 249:37; 249:40; 249:43; 249:178; 249:188 y 251:751.

(33) PTN, Dictámenes 265:105, Dictamen N.º 93 del 22 de mayo de 2008.

(34) PTN, Dictámenes 280:107, Dictamen N.º 32 del 2 de febrero de 2012.

(35) PTN, Dictámenes 285:156, Dictamen N.º 94 del 17 de mayo de 2013.

(36) PTN, Dictámenes 303:131, Dictamen N.º IF-2017-25289113-APN-PTN del 25 de octubre de 2017.

ba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia contar con un previo informe fundado sobre las razones objetivas que lo autorizan”. Y, a su vez, recordó que “[e]l concepto de urgencia objetiva debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos y serios que califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado, habiendo sostenido también que, [...] de otro modo podría darse por supuesta una situación de urgencia inexistente, generalizándose así un régimen de excepción que debe, como tal, ser de interpretación y, aplicación restrictiva (v. Dictámenes 198:178; 211:155, 234:540, 246:47, entre otros)”⁽³⁷⁾.

En los años 2020 a 2022 la Procuración del Tesoro de la Nación se volvió a expedir en varios pronunciamientos⁽³⁸⁾ en los cuales siguió el mismo criterio. Sostuvo que ante el supuesto de que la Administración hubiera recibido un servicio útil sin contraprestación alguna, se configuraría una situación que requeriría un tratamiento específico; esto es, el cumplimiento de los requisitos que doctrinaria y jurisprudencialmente se exigen para la procedencia de la acción *in rem verso*, a saber: enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, supuesto en el que el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento, ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor (v. Dictámenes 239:17; 265:105; 280:107 y 285:156)⁽³⁹⁾.

A su vez, señaló que “[a] fin de subsanar la situación contraria a derecho que importaría un enriquecimiento sin causa del Estado a costa de quien hubiere prestado un servicio (o provisión de bienes), correspondería el reconocimiento de legítimo abono de un crédito a favor de aquélla equivalente a su empobrecimiento por la prestación de que se trata, que no podrá —valga aclarar— superar el enriquecimiento de quien resultara beneficiario (v. Dictámenes 280:107)”⁽⁴⁰⁾.

En resumen, se puede decir que la línea de pensamiento que aplica la Procuración del Tesoro de la Nación a estos casos es la siguiente: nulidad, enriquecimiento sin causa e investigación para deslindar responsabilidades⁽⁴¹⁾.

(37) *Ibidem*.

(38) PTN, Dictámenes 313:550; 315:554; 317:665; 318:1 y 323:628.

(39) *Ibidem*.

(40) *Ibidem*.

(41) Ver FERNÁNDEZ VILLA, *ob. cit.*, pág. 85.

VI. DOCTRINA DE LA OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES

La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), Órgano Rector del Sistema de Contrataciones del Sector Público Nacional⁽⁴²⁾, se ha referido al instituto comúnmente conocido como “pago de legítimo abono”, “pago por servicios usufructuados” y/o “reconocimiento de gastos”⁽⁴³⁾.

Así, señaló que la figura del legítimo abono no está contemplada formalmente en el plexo normativo vigente a nivel nacional, sino que resulta ser una solución basada en la equidad frente a una circunstancia que en su génesis constituye una irregularidad administrativa (v. Dictamen ONC N.º 55/04), ya que se trata de la aprobación de gastos que no fueron gestionados a través de los procedimientos vigentes en materia de contrataciones, pero que frente a la efectiva prestación del servicio y/o entrega de los bienes por parte de la persona interesada, se ha dicho que resulta equitativo que se propenda a su retribución a fin de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración⁽⁴⁴⁾.

Con base en el criterio sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación, la Oficina Nacional de Contrataciones señala que, en los casos de legítimos abonos, el razonamiento sería el siguiente:

i) Como regla, cuando la Administración contrata a través de un procedimiento no contemplado en la legislación vigente, es decir, apartándose del procedimiento previsto para la selección del cocontratante, la contratación de que se trata estará viciada de nulidad absoluta (en los términos del artículo 14 inc. a) de la ley N.º 19.549), por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación. Dicha nulidad obsta a que el pago reclamado pueda fundarse en la contratación tal como fue realizada (Cfr. Dictámenes 251:751, entre otros).

ii) No obstante la nulidad o eventual inexistencia del contrato, si tuvo lugar el efectivo cumplimiento de la prestación por parte del particular y su aceptación de conformidad por parte de la Administración, cobra relevancia el instituto del enriquecimiento sin causa, que permite hacer uso de la acción de restitución (*actio in rem verso*). A tales fines, deberá analizarse en cada caso si se encuentran configurados los presupuestos para proceder al pago de legítimo abono (Cfr. Dictámenes PTN 241:115, entre otros)⁽⁴⁵⁾.

(42) Decreto N.º 1545/94, arts. 25 al 28.

(43) ONC, Dictámenes Nros. IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM e IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM.

(44) *Ibidem*.

(45) *Ibidem*.

En dichos casos, se habilita el pago de legítimo abono, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, solo en la medida en que se verifiquen los requisitos de procedencia de la acción in rem verso: 1) Enriquecimiento por parte del Estado, comprensivo de toda ventaja susceptible de apreciación pecuniaria; 2) Empobrecimiento del particular, motivado precisamente por la falta de contraprestación; 3) Relación causal entre las situaciones mencionadas en los puntos 1 y 2; esto es, correlación entre el enriquecimiento de la Administración y el empobrecimiento del particular; 4) Ausencia de causa justificante del desplazamiento patrimonial: tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben aparecer desprovistos de causa que los legitime o explique jurídicamente. Es decir, se ha de verificar la inexistencia de un título válido o causa legal que justifique ese enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la otra parte; 5) Carencia de otra acción útil —nacida de un contrato o de la ley— para remediar el perjuicio (la inexistencia de otra vía legal, derivada del contrato o norma que lo regule para reparar la situación de desequilibrio es una consecuencia de la subsidiariedad de la acción) (v. Dictámenes ONC Nros. 887/12 y 888/12 y Dictámenes PTN 241:115; 247:038; 265:105; 280:107, 285:156, entre otros).

En ese sentido, con respecto a los conceptos que deberían pagarse a través del legítimo abono la Oficina Nacional de Contrataciones señala que “pese al reconocimiento de la prestación y la solución favorable para la procedencia de su pago, el monto que se abone bajo la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir al interesado”⁽⁴⁶⁾, puesto que la teoría bajo análisis solo habilita el pago del enriquecimiento en la medida del empobrecimiento, es decir el costo del bien o el servicio y no el lucro, con lo cual quedará excluido del cómputo todo margen de ganancia o beneficio que se haya incluido en la factura.

Por otra parte, en 2021 volvió a expedirse sobre el legítimo abono, en cuyo pronunciamiento además de señalar que su postura con respecto al instituto comúnmente conocido como “pago de legítimo abono”, “pago por servicios usufructuados” y/o “reconocimiento de gastos” se encuentra en pronunciamientos anteriores⁽⁴⁷⁾, señaló que la Procuración del Tesoro de la Nación se ha expedido en numerosas ocasiones señalando que, cuando no hayan sido acreditadas ni justificadas las circunstancias por las cuales se habría omitido el procedimiento de contratación que la normativa establece, corresponde su investigación, mediante la instrucción de las actuaciones

(46) *Ibidem*.

(47) ONC, Dictámenes Nros. IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM e IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM.

sumariales pertinentes a fin de deslindar las responsabilidades que puedan haberse configurado (v. Dictámenes PTN 239:17; 241:115, entre otros)⁽⁴⁸⁾.

VII. ¿CÓMO DEBERÍAN PROCEDER LOS ORGANISMOS PÚBLICOS ANTE UN LEGÍTIMO ABONO?

La Procuración del Tesoro de la Nación, máximo organismo asesor de derecho del Poder Ejecutivo Nacional de Argentina sostiene, en líneas generales, que en los casos en que se pudiera concluir que existe un enriquecimiento sin causa, corresponderá que la empresa reclamante presente —con relación a las prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre fehacientemente acreditado y que no hayan sido abonadas— los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende, es decir, restando de las sumas reclamadas el margen de beneficio que contengan para, sobre esa base, establecer el monto que finalmente deberá abonar el organismo contratante⁽⁴⁹⁾.

Lo interesante aquí es que se deja asentado expresamente que el importe a abonar no puede incluir la ganancia esperada y que el reclamante tendrá que presentar “los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende”⁽⁵⁰⁾.

Ante la pregunta de ¿cómo deberían proceder los organismos públicos ante las solicitudes de pago de facturas de bienes y servicios en las contrataciones apartadas del régimen de contrataciones vigente?, conforme se señaló en los puntos anteriores, cabe señalar que el pago que pudiera corresponder por las prestaciones efectivamente cumplidas debe realizarse en el marco del instituto del enriquecimiento sin causa.

Cumplimentados los presupuestos y requisitos necesarios para la procedencia de la acción *in rem verso*, entiendo que los organismos públicos, cuando no hay una norma que regule específicamente estos casos, deberían proceder de la siguiente manera para dar trámite a los “legítimos abonos”:

1. Reclamo del proveedor.

En primer lugar, los expedientes por donde se sustancien los reclamos de pago de “legítimos abonos” deberán iniciarse con la factura del recla-

(48) ONC, Dictámenes N.º IF-2021-90075346-APN-ONC#JGM.

(49) PTN, Dictámenes 280:107 y 285:156.

(50) PTN, Dictámenes 285:156.

mante, puesto que el proveedor para solicitar el pago de su contraprestación debe presentar su reclamo ante el organismo que recibió los bienes o servicios, cumplimentando los requisitos para la procedencia de la acción *in rem verso*.

Al respecto, deberá presentar la factura —y si los tuviera los remitos de entrega— y los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende.

2. Informe del organismo.

En segundo lugar, el organismo deberá elaborar un informe técnico-administrativo en el que se expida sobre las siguientes cuestiones:

- Objeto y finalidad de la contratación: El organismo deberá dejar constancia del objeto y finalidad de la contratación. Es decir, se deberá explicar cuál fue o es la necesidad de la contratación y para qué fin se adquiere o contrata el bien o servicio, debiéndose especificar cómo el interés público comprometido encuentra satisfacción con la prestación cuyo pago se reclama, y detallar los posibles perjuicios ante la falta del bien o servicio en cuestión.

Los bienes o servicios deben resultar de carácter impostergable e imprescindible para las áreas usuarias y su faltante o carencia debería atentar contra las funciones esenciales de dicho organismo.

- Justificación de haber recibido bienes o servicios mediante el procedimiento de legítimo abono: El organismo deberá explicar los motivos por los cuales no se siguió el procedimiento de selección o contratación previsto en la normativa vigente y, en su caso, justificar las causas que impidieron realizar la contratación del servicio a través del régimen de contrataciones correspondiente y, a su vez, especificar las medidas conducentes que se han adoptado a fin de regularizar la prestación dentro del régimen de contrataciones respectivo.

Sobre el particular, se deberá informar si se está tramitando o no un procedimiento de selección (licitación, compulsada, contratación directa, etc.) para contratar el servicio o la provisión de que se trata (ello sucede habitualmente en los casos de contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios que se seguirán cumpliendo a lo largo del tiempo).

En caso afirmativo, en dicho informe se deberá mencionar el número de expediente y en qué estado o etapa se encuentra el procedimiento de selección. Asimismo, se deberá informar qué autoridad solicitó la entrega o prestación cuyo pago se reclama.

Este es un punto importante puesto que la elección directa y discrecional del proveedor, al margen de la normativa, atenta contra los principios de la contratación pública y de la Buena Administración.

Rodríguez-Arana Muñoz y Herce Maza señalan que “[d]el derecho fundamental a una buena administración parten además una serie de corolarios que han de estar presentes en la contratación pública y que se encuentran también recogidos en el acervo comunitario. Principios como la transparencia, eficacia, eficiencia, racionalidad, igualdad, proporcionalidad o imparcialidad han de presidir la contratación pública y las actuaciones de los órganos de contratación”⁽⁵¹⁾.

- Precio de la contratación: El área iniciadora del legítimo abono deberá: i) expedirse sobre la razonabilidad del precio del servicio o bienes entregados por el proveedor y señalar si dicho precio se corresponde con los valores de mercado, ii) realizar un análisis de la estructura de costos presentada por el proveedor a fin de verificar que el proveedor ha quitado del monto facturado la ganancia o el beneficio respectivo, y, de corresponder, iii) deberá prestar su conformidad.

- Certificación de la prestación: El organismo deberá certificar que se entregaron los bienes o se prestaron los servicios de conformidad (con la cantidad, calidad y demás condiciones que se habían solicitado). Si se emitió un Acta o Certificado de Conformidad, debería agregarse a las actuaciones. Y si hay remitos de entrega, también adjuntarlos.

3. Acto administrativo que apruebe el legítimo abono.

Si se cumplen los requisitos indicados en los apartados que anteceden, el organismo deberá ordenar el pago a través del dictado de un acto administrativo que apruebe el reconocimiento del pago como legítimo abono, importe que no deberá incluir la ganancia esperada.

Con carácter precio a su dictado, deberá darse intervención al Servicio Jurídico Permanente del organismo, para que efectúe el control de legalidad.

Al tratarse de un gasto realizado apartándose de la normativa que rige las contrataciones públicas, la aprobación del acto administrativo debería ser aprobada por la máxima autoridad del organismo.

(51) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y HERCE MAZA, José Ignacio, “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2009, N.º Extraordinario (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP), p. 41.

4. Investigación para deslindar responsabilidades.

Por último, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en cada jurisdicción, debería iniciarse una investigación a fin de deslindar posibles responsabilidades, tanto disciplinarias como patrimoniales⁽⁵²⁾.

VIII. REFLEXIONES FINALES

La Buena Administración del sistema de contrataciones públicas es primordial para el buen funcionamiento de una economía y, en consecuencia, para el desarrollo de un país. Por ello, resulta necesario que los procedimientos de contrataciones se desarrollen en un ámbito de claridad, mediante un conjunto de reglas y parámetros que mejoren las prácticas en la materia, y que permitan al Estado cumplir cabalmente con sus fines. El logro de una buena relación entre precio y calidad, el acceso público a los contratos que celebre el Estado, y las oportunidades equitativas para que todos los proveedores puedan competir, son condiciones *sine qua non* de un eficiente sistema de compras públicas.

Cuando los organismos públicos reciben bienes o servicios de un proveedor apartándose o desviándose del régimen de contrataciones —ya sea que se contrata sin seguir ninguno de los procedimientos de contratación regulados por la normativa, o bien que se celebra un contrato que no cumplió en sus etapas previas la totalidad de las exigencias que prevé la normativa vigente—, se configura un enriquecimiento sin causa, que se conoce en Argentina como legítimo abono.

En estos casos, la Administración no podrá asegurarse que está comprando la mejor calidad al mejor precio ni tampoco se da la oportunidad a los posibles oferentes para que puedan presentar su oferta en la contratación, perjudicándolos por tanto en la posibilidad de ser seleccionados y vulnerando en consecuencia los principios de eficiencia, igualdad, concurrencia, publicidad y transparencia, principios que deben regir en toda contratación pública.

Los eventuales reclamos deberán encauzarse a través del instituto del enriquecimiento sin causa, siempre que se encuentren reunidos los requisitos necesarios para la procedencia de la acción *in rem verso*: enriquecimiento de una parte; empobrecimiento de la otra; relación causal entre ambos;

(52) En Argentina, el instructor sumariante además deberá reunir los informes y la documentación relacionados con un eventual perjuicio fiscal, a efectos de la oportuna intervención de la Sindicatura General de la Nación en caso de corresponder en razón del monto, o bien para respaldar su propio pronunciamiento en tal sentido (conf. art. 10 inc. c) del REGLAMENTO DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS aprobado por el decreto N.º 456/2022, B.O. 04/08/2022).

ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición); y carencia de otra acción útil —nada de un contrato o de la ley— para remediar el perjuicio. En ese marco, en caso de proceder el pago del legítimo, se deberá abonar únicamente el empobrecimiento del proveedor, excluyéndose de su pago la ganancia esperada.

El trámite debería constar de cuatro etapas: 1) Reclamo del proveedor, en el que presente la factura —y si los tuviere, los remitos de entrega— y los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende; 2) Informe del organismo, que trate sobre: i) el objeto y finalidad de la contratación, en el que se explique cuál fue o es la necesidad de la contratación y para qué fin se adquiere o contrata el bien o servicio, ii) la justificación de haber recibido bienes o servicios mediante el procedimiento de legítimo abono, iii) la razonabilidad del precio de la contratación, y iv) la certificación de la prestación; 3) Acto administrativo de aprobación del legítimo abono, con previo dictamen jurídico y ser aprobado por la máxima autoridad del organismo; y 4) Investigación para deslindar responsabilidades, tanto disciplinarias como patrimoniales.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANDA, F. O., “La importancia del elemento forma en el contrato administrativo. (Consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, en AA. VV., Cuestiones de Contratos Administrativos, Ediciones Rap, 2007, ps. 42-50.

COMADIRA, J. R., “La Licitación Pública: nociones, principios, cuestiones”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., ps. 1-3 y 17-53.

COVIELLO, P. J. J., “El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”, en AA. VV., Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos, Ediciones Rap, 2013, ps. 213-238.

CSJN, 27/12/2006, “CardiCorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 329:5976.

CSJN, 25/09/2001, “Carl Chung Ching Kao c/ La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos: 324:3019.

CSJN, 05/10/2010, “CASE SACIFIE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 333:1922.

CSJN, 9/11/2017, “Estado Nacional c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos 340:1570.

- CSJN, 05/12/2000, "Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 323:3924.
- CSJN, 22/04/1986, "Hotel Internacional Iguazú S.A. c/ Estado Nacional", Fallos: 308:618.
- CSJN, 31/07/2012, "Lix Klett S.A.I.C. (s/ quiebra) c/ Biblioteca Nacional - Sec. de Cultura de la Nación s/ cobro de sumas de dinero", Fallos: 335:1385.
- CSJN, 01/06/2000, "Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos", Fallos: 323:1515.
- CSJN, 24/04/1979, "Meridiano S.C.A y otras c/ Administración General de Puertos s/ demanda daños y perjuicios", Fallos: 301:292.
- CSJN, 30/03/1993, "Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c/ Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ nulidad de resoluciones", Fallos 316:382.
- FERNÁNDEZ VILLA, B., "El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional", Revista RAP, 2017, 460, ps. 49-98.
- HERRERA DE VILLAVICENCIO, B. A., "El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos", en AA. VV., Cuestiones de Contratos Administrativos, Ediciones Rap, 2007, ps. 107-110.
- IVANEGA, M. M., "El principio de buena fe en los contratos administrativos", Revista RAP, 2008, 360, ps. 25-44.
- MARIENHOFF, M., "Tratado de Derecho Administrativo", T. II, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, p. 280.
- MONTI, L., "Los contratos de la Administración pública en la jurisprudencia de la CSJN", en AA. VV., Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos, Ediciones Rap, 2013, ps. 341-342.
- OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, Dictámenes N.º IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM; N.º IF-2020-03611542-APN-ONC#JGM y N.º IF-2021-90075346-APN-ONC#JGM.
- PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, Dictámenes 238:9; 239:17; 241:115; 247:38; 247:116; 248:43; 249:37; 249:40; 249:43; 249:178; 249:188; 251:751; 265:105; 280:107; 285:156; 303:131; 313:550; 315:554, 317:665; 318:1 y 323:628.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y HERCE MAZA, J. I., "La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecu-

ción del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2009, N.º Extraordinario, ps. 21-45. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6901990>

LA RECOMPOSICIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ANTE EVENTOS QUE ALTERAN EL EQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA COMO EXIGENCIA DEL INTERÉS PÚBLICO

Ana Belén Micciarelli (*)

I. INTRODUCCIÓN

Al momento de celebrarse un contrato administrativo se garantiza a favor del contratista particular el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato. Sin embargo, durante la ejecución contractual, pueden ocurrir hechos que alteran ese equilibrio, y pueden calificar como fuerza mayor, hechos del principio o aquellos que configuran supuestos de imprevisión.

Los marcos regulatorios aplicables a las contrataciones públicas, como es el caso de Nación para el caso de bienes, suministros y servicios, suelen contemplar expresamente soluciones ante estos eventos, que no incluyen a la recomposición integral como alternativa frente a todos los hechos que pueden alterar el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato. Así, por ejemplo, en el caso de fuerza mayor, se limitan a justificar ciertas demoras o incumplimientos por el contratista particular mientras duran los efectos de esos eventos, mientras que prevén la recomposición del contrato ante supuestos de imprevisión, lo que también se extendió al hecho del príncipe. Sin embargo, en los últimos tiempos, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante "PTN") y la Oficina Nacional de Contrataciones (en adelante "ONC") limitan el alcance de la recomposición contractual, disponiendo que la misma se debe llevar adelante a partir del principio del sacrificio compartido, que exige distribuir los efectos de los hechos adver-

(*) Abogada, graduada por la Universidad Austral con Diploma de Honor (2015). Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Socia del Departamento de Derecho Público y Regulación Económica del estudio O'Farrell. Miembro del staff del Observatorio de la contratación Pública de la República Argentina.

sos al equilibrio contractual entre las partes, sosteniendo que no resultaría equitativo que sea solamente una parte quien afronte esas consecuencias.

Por nuestra parte, y conforme se expone en el presente, demostraremos que las respuestas que otorgan los marcos regulatorios —como es el caso de Nación— y la interpretación restrictiva frente a la recomposición contractual que adopta la PTN y la ONC, no solamente desconocen derechos fundamentales del contratista, sino que no resultan adecuadas para cumplir con la finalidad de toda contratación, que pretende la satisfacción de necesidades públicas, concepto que está intrínsecamente vinculado al interés público, a la vez que tampoco permiten que la contratación pública cumpla con otras políticas públicas comprometidas en cada contratación, conforme señala el concepto de “contratación pública estratégica”.

De esta manera, se advierte que la solución que propician los principios tradicionales de la contratación pública (continuidad del contrato, *pacta sunt servanda*, entre otros) y los que se desprenden de la teoría de la “contratación pública estratégica”, evidencian que la recomposición del contrato resulta ser la alternativa necesaria que se debe llevar adelante en virtud del interés público cuando ocurren hechos que alteran el equilibrio de la ecuación económico financiera, y es lo que deben promover todas las entidades contratantes.

A nuestro entender, las entidades públicas poseen incluso facultades implícitas para llevar adelante la recomposición contractual, procedimiento que se deberá llevar adelante respetando los principios fundamentales de la contratación pública, como es el principio de igualdad, y tiene como finalidad restablecer el equilibrio de la ecuación económico-financiera.

II. EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Conforme señala MARIENHOFF, el contratista particular, al celebrar un contrato con la Administración pública, lo hace con el propósito de obtener un “beneficio”, que generalmente resulta calculado a partir de la índole de la prestación a realizar (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc.), y el capital a invertir —como podría ser en maquinarias, útiles, combustibles, jornales, etc.—. Dicho de otra manera, el contratista particular busca un “interés financiero”, que integra la remuneración que le reconoce el contrato⁽¹⁾.

Al celebrar el contrato, el contratista particular, entiende que ese “beneficio” es el que le corresponde percibir a partir de la prestación a cumplir, las inversiones a realizar, etc. Esta armonía entre el “beneficio” que percibirá

(1) MARIENHOFF, Miguel. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III-A, N.º 761.

el contratista, las prestaciones a cumplir, las inversiones a realizar, etc., se denomina “equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato”.

Así, el equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato es definido como “una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de “ecuación” (equivalencia-igualdad); esta última no puede ser alterada”⁽²⁾.

Durante la ejecución contractual, es posible que ese equilibrio sufra alteraciones, por diversos hechos, como ser eventos de fuerza mayor, hechos del príncipe o aquellos que configuran la teoría de la imprevisión.

Es un principio reconocido de las contrataciones públicas que, ante una alteración del equilibrio de la ecuación económico-financiera, el contratista tiene derecho a que se recomponga ese equilibrio; es decir, a que el “beneficio” esperado sea restablecido⁽³⁾.

El principio del equilibrio económico financiero del contrato posee fundamento constitucional en la propiedad [art. 17 de la Constitución Nacional (en adelante “CN”)]⁽⁴⁾.

III. HECHOS QUE ALTERAN EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Tal como se mencionó, durante la ejecución contractual, pueden ocurrir diversos hechos que afectan el equilibrio de la ecuación económico-financiera, y podemos clasificar en: fuerza mayor, hechos del príncipe, o eventos que configuran la teoría de la imprevisión. Repasaremos a continuación cada uno de los institutos mencionados:

a) *Fuerza mayor.*

El Código Civil y Comercial de la Nación define a la fuerza mayor como al “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”⁽⁵⁾, y agrega que exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.

(2) *Ibidem.*

(3) *Ibidem.*

(4) La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció en numerosos pronunciamientos que el equilibrio económico financiero del contrato integra el derecho de propiedad del contratista, al sostener que “el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término” (Fallos: 145:307; 158:268, entre otros).

(5) Art. 1730 del Cód. Civ. y Com. El Cód. Civ. y Com. aclara que el término “caso fortuito” se considera sinónimo de “fuerza mayor”.

Luego, las normas que regulan las contrataciones públicas suelen agregar alguna consideración respecto a los hechos de fuerza mayor.

Así por ejemplo, a nivel nacional, las normas que regulan la contratación de bienes, servicios y suministros, exigen de cumplimiento a los contratistas particulares ante hechos de fuerza mayor y, a su vez, establecen que no resultarán aplicables penalidades por incumplimiento⁽⁶⁾.

En el caso de obras públicas, a nivel nacional, se prevé que no se aplicarán penalidades por el incumplimiento, a la vez que el comitente estatal se hará cargo de los perjuicios ocasionados en consecuencia⁽⁷⁾. Además, habilita al Contratista a rescindir el Contrato ante caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato⁽⁸⁾.

b) *Hecho del príncipe.*

Marienhoff al abordar integralmente la temática del hecho del príncipe, aplicable a todos los contratos administrativos, sostuvo que opera dentro de la llamada “alea administrativa” del contrato⁽⁹⁾, y se configura cuando de modo imprevisible o irresistible, se produce un acto de carácter o alcance “general”⁽¹⁰⁾ imputable al Estado —entendido como cualquier órgano o

(6) Art. 13 inc. c) del Decreto 1023/01, que aprueba el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante “RCAN”). Si bien el inc. a) del RCAN establece el derecho del contratista a “la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo”, pudiendo asimilarse los hechos de origen natural a eventos de fuerza mayor, la redacción del inciso al referir a excesiva onerosidad, se relaciona con la teoría de la imprevisión. Esta interpretación se confirma a través de los dictámenes de la ONC, que establecen la recomposición del contrato ante hechos que configuran la teoría de la imprevisión, o hechos del príncipe.

(7) Art. 39 de la Ley Nacional de Obras Públicas N.º 13.064 (en adelante “LNOP”). Esta asunción de responsabilidad respecto a las consecuencias de la fuerza mayor es una excepción al principio general contenido en el Cód. Civ. y Com. La PTN sostuvo que la definición de fuerza mayor de la LNOP es una ampliación del concepto genérico previsto en la legislación general, por lo que debe ser de interpretación restrictiva (Dictámenes, 233:525). En ese mismo sentido, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha mostrado sumamente cautelosa en el reconocimiento de pérdidas originadas por casos de fuerza mayor en el caso de obras públicas, en el entendimiento de que, tratándose de un régimen excepcional, derogatorio de las normas comunes, su interpretación debe ser restrictiva (Fallos 319:1681).

(8) Art. 54 inc. d) LNOP.

(9) El autor diferencia entre el “álea administrativa” y el “álea económica”. La primera define al riesgo creado por el comportamiento del Estado, mientras que la segunda refiere a riesgos determinados por factores económicos, no atribuibles al Estado (MARIENHOFF, Miguel. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III-A, p. 476).

(10) Como podría ser la sanción de nuevos impuestos, leyes sociales, medidas económicas o monetarias. Aclara que si se trata de un acto de alcance “particular”, tendrá lugar al responsabilidad contractual (MARIENHOFF, Miguel. S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III-A, p. 476 y ss).

repartición estatal perteneciente a un mismo orden jurídico, es decir, al orden nacional o al orden provincial, se trate o no de la autoridad pública que intervino en la celebración del contrato—, que resulta lesivo a la ecuación o equilibrio económico financiero del contrato, e influye en éste por vía refleja o incidental, y causa lesión en el derecho del contratista particular⁽¹¹⁾.

El mencionado profesor Marienhoff tuvo oportunidad de manifestar que el hecho del príncipe da lugar a la responsabilidad del Estado, con fundamento en los arts. 16 y 17 de la CN, de protección de la igualdad y de la propiedad, respectivamente⁽¹²⁾, y determina la reparación integral a favor del cocontratante particular⁽¹³⁾.

Fiorini agrega que se trata de normas o actos estatales basados en razones de interés público, decididos al margen de las relaciones que se establecieron en el contrato administrativo, pero cuyos efectos se proyectan negativamente en el mismo, afectando su economía⁽¹⁴⁾.

En este caso, también las normas que regulan las contrataciones pueden contener referencias al hecho del príncipe.

Respecto a los efectos del hecho del príncipe, tanto el decreto 1023/01, que aprueba el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante “RCAN”) como la Ley Nacional de Obras Públicas N.º 13.064 (en adelante “LNOP”)⁽¹⁵⁾, asimilan el “hecho del príncipe” a la fuerza mayor⁽¹⁶⁾. La ONC admitió la posibilidad de proceder a la recomposición de contratos regidos por el RCAN ante estos eventos⁽¹⁷⁾.

c) *Teoría de la imprevisión.*

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé que, si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta última tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir

(11) *Ibidem.*

(12) *Ibidem.*

(13) MARIENHOFF, Miguel. S., “Tratado... op. cit, p. 490 y sgtes.

(14) Cfr. FIORINI, Bartolomé, “Derecho administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada, t. II, ps. 660-661.

(15) La jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo sostuvo que “[e]l contrato de obra pública se celebra y ejecuta a riesgo y ventura del contratista, excepto con relación a las pérdidas derivadas del caso fortuito, en las condiciones previstas en el art. 39 de la ley 13.064 (acontecimientos naturales y extraordinarios o hecho del príncipe)” (CNCAF, Sala II, 10/3/11, “Marcelo Viviani y Cía. S.A. y otra c/ Fuerza Aérea Argentina s/ contrato de obra pública”).

(16) Cfr. art. 13 inc. c) del RCAN y art. 39 inc. a) de la LNOP.

(17) Cfr. Dictamen ONC 565/10.

ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación (art. 1091).

El RCAN prevé expresamente que el contratista particular posee el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo⁽¹⁸⁾. La LNOP no contiene previsiones expresas.

En este caso, el elemento distintivo de la teoría de la imprevisión radica en que la causa que origina la excesiva onerosidad sobreviniente es ajena a las partes.

La CSJN y la jurisprudencia han reconocido prolongada y mayoritariamente la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos, con fundamento en los arts. 16 y 17 de la CN⁽¹⁹⁾. En algunas oportunidades se ha invocado la figura en sí misma y/o con su previsión en el Código Civil⁽²⁰⁾.

Tradicionalmente la PTN tuvo oportunidad de sostener que la teoría de la imprevisión restablece el equilibrio del contrato, reconociendo una recomposición que elimina la excesiva onerosidad sobreviniente a su celebración⁽²¹⁾.

Sin embargo, en los últimos años la PTN y la ONC tuvieron oportunidad de analizar el instituto de la imprevisión en contratos públicos de

(18) Art. 13 inc. a) del RCAN. Además, el decreto reglamentario N.º 1030/16 establece que “[e]n los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios se podrá solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual” (art. 96).

(19) CSJN, 08/09/1998, “Mackentor S. A. C. C. I. A. I. F. / Y. P. F. s/ contrato de obra pública”, Consid. 7º, Fallos: 321:2473; 12/08/2003, “José Cartellone C.C.S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ contrato obra pública”, Consid. 17, Fallos: 326:2625. En el mismo sentido jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, de la Capital Federal, Sala I: 22/05/03, “Estudio Construcciones c/ Gas del Estado s/ obra pública”; Sala II: 5/05/94, “Vialco S.A.C.I.C.I. y otro c/ D.N.V. s/ contrato de obra pública”; 8/10/98, “Gurrado, Héctor y otro c/ Banco de la Nación Argentina s/ contrato de obra pública”; 11/12/14, “Contreras Hnos. SAICIFAG c/ E.N. - M.E.y O.S.P. - Subs. Norm. Patrim. - Adm. Patrim. s/ contrato obra pública”; Sala III: 11/03/02, “Ingeco S.A. c/ Dir. Nac. de Vialidad s/ contrato de obra pública”; Sala V: 21/07/06, “Gardebled Hnos S.A. y otro c/ Ferrocarriles Argentinos s/ contrato de obra pública”.

(20) Conforme resalta MURATORIO, en la generalidad de las oportunidades en que la CSJN intervino, no entendió configurados, en el caso concreto, los requisitos para la admisibilidad de las pretensiones en ella sustentadas, destacando que la carga de la prueba corresponde a quien invoca la distorsión contractual (Cfr. MURATORIO, Jorge I., “Imprevistos de la economía que afectan la contratación pública”, 27/3/2019, publicado en la página web del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral, disponible en: <https://argentina.obcp.es/opiniones/imprevistos-de-la-economia-que-afectan-la-contratacion-publica> (última visita 22/09/2024).

(21) Dictámenes 203:201.

suministro, sosteniendo que, en caso de que se configure un supuesto de imprevisión corresponde su recomposición, bajo el principio del “sacrificio compartido”, que contiene una pretensión distributiva que pretende recomponer ciertos vínculos que pudieron ser afectados, agregando que resulta contrario al principio de equidad que sean soportados por uno solo de los contratantes, a la vez que sostuvieron que no se trataba de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilitaba distribuir el “álea anormal o económica” del contrato⁽²²⁾.

IV. LA RECOMPOSICIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO EXIGENCIA DEL INTERÉS PÚBLICO.

IV.1. La recomposición de contratos administrativos como exigencia del interés público

Ante los diversos hechos que pueden afectar el equilibrio de la ecuación económica del contrato durante su ejecución, tal como los reseñados, fuerza mayor, hecho del príncipe o teoría de la imprevisión, nos encontramos obligados a preguntarnos si las soluciones que expresamente brindan los marcos regulatorios vigentes (como es el caso de Nación), y la interpretación que al respecto hace la PTN y el órgano rector en materia de contrataciones públicas (ONC), resultan adecuados y suficientes para afrontar esos eventos, conforme las exigencias que surgen de los principios de la contratación pública, y las finalidades que ésta persigue.

Un aspecto central de la contratación pública radica en la pretensión de satisfacer una necesidad pública que fue oportunamente advertida por la entidad contratante, lo que justificó la decisión de llevar adelante el procedimiento de contratación. Dicho de otro modo, toda contratación pública pretende cubrir intereses públicos.

De esta manera, se reconoce que toda alteración de la economía del contrato repercutirá negativamente en el buen y oportuno cumplimiento de una tarea necesaria para la satisfacción del fin público perseguido⁽²³⁾.

La PTN tuvo oportunidad de justificar una modificación de las condiciones previstas en el contrato, al considerar que se encontraba en juego su cumplimiento y con él, los objetivos tenidos en cuenta por el Estado Nacio-

(22) Dictámenes PTN de fecha 03/02/2020 y 13/4/2020; Dictamen ONC N.º F-2020-31211941-APN-DNCBYS#JGM, del 11/5/2020.

(23) RENNELLA, María Paula, “Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor” en Cuestiones de Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, págs. 267 y 268.

nal al momento de suscribirlo, logrando así cierto equilibrio entre el principio de igualdad y el interés público⁽²⁴⁾.

Además, por nuestra parte, adherimos a quienes califican a la contratación pública como una actividad estratégica, toda vez que resulta ser una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos, para el cumplimiento efectivo de sus políticas públicas⁽²⁵⁾. Es decir, a través de la contratación pública, no solamente se pretende la satisfacción de la necesidad previamente identificada, sino que se pretende el cumplimiento de diversas políticas públicas.

En ese sentido, MURATORIO sostiene que la “contratación pública estratégica” es aquella que consiste en la utilización de los contratos que celebra el sector público para el cumplimiento de políticas públicas⁽²⁶⁾, en tanto permite articular un conjunto de importantes variables, como ser la globalización; la integración con otros países; la protección de empresas y/o productos locales, el desarrollo de la industria nacional, especialmente de las micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMEs) y determinados sectores productivos; la eficiencia en el gasto público, la mejor relación calidad-precio; la innovación y la sostenibilidad.

A partir de este enfoque, evidenciamos que resulta conveniente que los contratos celebrados sean ejecutados y finalizados según las previsiones originariamente planificadas, en tanto esto permitirá la satisfacción de las necesidades públicas advertidas al momento de llevar adelante la contratación, lo que está íntimamente vinculado al concepto de interés público, a la vez que también resulta necesario para el cumplimiento de otras políticas públicas que se promueven a través de la contratación pública, como puede ser alcanzar un desarrollo sostenible, aplicar políticas que tiendan a reducir las brechas de género, propiciar el desarrollo de la industria nacional y/o de pequeñas empresas, entre otros.

A su vez, también es posible fundar la necesidad de proceder a la recomposición del contrato en principios y fundamentos básicos de la contratación pública, como ser: el fin público perseguido en cada contrato público, y las necesidades públicas que vienen a cumplir⁽²⁷⁾; el principio de continui-

(24) PTN, Dictámenes 159:326, 217:115.

(25) GIMENO FELIU, José María, “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, enero 2022), N.º 59, disponible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512589#nota3> (última visita 22/09/2024).

(26) MURATORIO, Jorge I., “La contratación pública socialmente estratégica”, *RDA* 2022-140, 122.

(27) La CSJN reconoció que en los contratos administrativos, uno de sus elementos fundamentales es el fin público que persiguen (cfr. CSJN, 29/3/1990 “Dulcamara S.A. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/ cobro de pesos”).

dad de los contratos⁽²⁸⁾; principio de conservación del contrato; el principio *pacta sunt servanda*; la oferta más conveniente para el organismo contratante, que motivó la celebración del contrato público suscripto; el contratista es un colaborador de la administración para el cumplimiento de un fin público⁽²⁹⁾, entre otros.

Dicho de otra manera, si se procede a la rescisión de los contratos públicos en curso de ejecución por el acaecimiento de hechos de fuerza mayor, hechos del príncipe o aquellos que configuran la teoría de la imprevisión, no se logrará la satisfacción de la necesidad pública que se pretendía cubrir con la contratación, ni el cumplimiento de las restantes políticas públicas a las que se pretendía contribuir con la contratación pública en cuestión.

Además, desde la óptica del contratista, se debe tener presente que la garantía al equilibrio de la ecuación económico-financiera posee raigambre constitucional, por lo que el respeto de sus derechos fundamentales también exige proceder a su recomposición.

Por todo lo expuesto, se acredita que la recomposición del contrato que permita su terminación es un requisito esencial del interés público.

IV.2. Las soluciones que trae el marco regulatorio nacional ante hechos que alteran el equilibrio de la ecuación económico-financiera no son eficientes

Actualmente, y en forma resumida, conforme se expuso anteriormente, podemos mencionar que, en general, ante eventos de fuerza mayor, como aquellos que califican como hecho del príncipe, la normativa aplicable a las contrataciones públicas nacionales, exime de responsabilidad por su eventual incumplimiento y de la aplicación de multas y, en última instancia, admite la rescisión del contrato, pero no contempla soluciones concretas que tiendan a restablecer el equilibrio de la ecuación económica financiera para el caso que ésta se haya alterado.

Respecto a hechos del príncipe, la ONC admitió en algunos casos la recomposición del contrato.

Luego, en lo que refiere a hechos imprevisibles, para el caso de bienes y servicios se admite la recomposición/renegociación, cuando se afecte de modo decisivo el equilibrio contractual. Sin embargo, veremos a continua-

(28) La PTN sostuvo que el principio de continuidad del contrato otorga a la Administración el poder de exigir siempre la no interrupción de la prestación (cfr. PTN, Dictámenes 242:433, 256:210, 267:606; 302:295).

(29) La CSJN reconoció al contratista como un colaborador de la Administración pública en la realización de un fin público (CSJN, Fallos: 325:1787). También así lo reconoció la PTN (PTN, Dictámenes 108:187 *bis*).

ción que la PTN y la ONC han limitado a través de sus dictámenes el alcance de dicha recomposición. Por otro lado, respecto a las obras públicas, la normativa aplicable no prevé ninguna solución expresa, aunque éstos han sido reconocidos por la doctrina y jurisprudencia⁽³⁰⁾.

En relación con la interpretación de la PTN y la ONC, ambos organismos entienden que, frente a la teoría de la imprevisión, no corresponde otorgar una compensación integral al contratista, sino que, en virtud del sacrificio compartido, ambas partes deben afrontar distributivamente los costos.

Así, la PTN sostuvo que resultaba viable la recomposición de los precios adjudicados, frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, sin sujeción a plazos determinados ni a metodologías de cálculo específicas, en base al instituto de la teoría de la imprevisión, y al espíritu del sacrificio compartido, aclarando que no se trataba de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilitaba distribuir el “álea anormal o económica” del contrato⁽³¹⁾.

Por otro lado, la ONC sostuvo que el principio del “sacrificio compartido” posee una pretensión distributiva que tiene por objeto específico recomponer ciertos vínculos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego, resultando contrario al principio de equidad que fuera soportado por uno sólo de los cocontratantes. Asimismo, sostuvo que el citado principio implica distribuir proporcionalmente entre las partes el esfuerzo patrimonial⁽³²⁾.

Tras el análisis normativo, concluimos que, a nuestro parecer, las normas vigentes, y la consecuente interpretación de la PTN y ONC, no reflejan soluciones adecuadas para propiciar la ejecución y finalización del contrato que, tal como vimos anteriormente, resulta necesario en virtud del interés público.

Se debe tener presente que el contexto económico e institucional de nuestro país, e incluso la coyuntura mundial (como ha sido la guerra Ucrania-Rusia, o la inflación de Estados Unidos que aumentó los costos de mercadería importada), han venido propiciando en los últimos años la configuración de hechos que califican como fuerza mayor, hechos del príncipe o imprevisión. En materia de inflación, por ejemplo, se han venido registrando cifras extraordinarias que tornan excesivamente onerosa la prestación asumida por el contratista particular.

(30) El proyecto de ley para modificar a la LNOP contempla expresamente el derecho del contratista a la recomposición del contrato, “cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo” [art. 21 inc. a)].

(31) Dictámenes PTN de fecha 03/02/2020 y 13/4/2020.

(32) Cfr. Dictamen ONC N.º F-2020-31211941-APN-DNCBYS#JGM, del 11/5/2020.

En la práctica, sabemos que los contratistas han denunciado la ruptura del equilibrio de la ecuación económico-financiera en múltiples contratos. Sin embargo, las soluciones normativas actuales y la interpretación del órgano rector en materia de contrataciones (ONC), no son eficientes para propender a la efectiva recomposición que permita la terminación del Contrato.

IV.3. Los hechos que habilitan la recomposición

Consideramos adecuada la diferencia que sostiene la PTN y la ONC respecto a que no es viable incluir en los pliegos cláusulas predeterminadas que autoricen una instancia renegociadora ante el transcurso de cierto plazo y que reflejan variaciones que impactan estructura de costos del proveedor, en tanto encubre mecanismos indexatorios legalmente prohibidos; pero sí se debe proceder a la recomposición contractual ante acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que no resultan imputables a las partes⁽³³⁾.

Es decir, la recomposición de la ecuación económico-financiera no puede operar como un mecanismo preestablecido en el pliego, en tanto es un hecho que opera durante la ejecución contractual, ante hechos extraordinarios ocurridos, que exige soluciones también extraordinarias.

Es necesario que cada contratista pruebe de qué forma los hechos han afectado el equilibrio de la ecuación económico-financiera, para determinar la real incidencia de los hechos ocurridos.

IV.4. El alcance de la recomposición

Ante hechos que alteran la ecuación económico-financiera del Contrato, se debe proceder a la recomposición, que debe ser integral, de modo que permita un efectivo restablecimiento del equilibrio original. Adherimos a quienes sostienen que resulta más acertado hablar de “recomposición” del contrato en lugar de “renegociación” puesto que no se está estructurando uno nuevo, sino que se está restableciendo el consenso original de las partes⁽³⁴⁾.

De allí que resulta reprochable la consideración que realizan la PTN y la ONC, en cuanto consideran que ambas partes deben afrontar los efectos de

(33) Cfr. Dictámenes IF-2020-28154053-APN-ONC#JGM; IF-2016-03065258-APN-ONC#MM; DICTAMEN ONC N.º IF-2016-03508851-APN-ONC#MM; Dictámenes PTN 259:222, 261:367.

(34) Cfr. CRIVELLI, Julio César, “Inversión privada en el sector público”, ASTREA, Buenos Aires, 2017, p. 211. En efecto, el propio decreto 1023/01 prevé el derecho del contratista particular a la “recomposición” del contrato “cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo” (art. 13 inc. a).

la teoría de la imprevisión, y se debe proceder a la recomposición del contrato en virtud del principio de “sacrificio compartido”.

Por el contrario, existiendo hechos objetivos que afectan el equilibrio económico de la ecuación económico-financiera, se deben llevar adelante mecanismos que permitan restablecer el equilibrio original.

Esta decisión no solamente es la más adecuada para resguardar derechos fundamentales del contratista, sino también la más apropiada para cubrir la necesidad pública identificada con la contratación y cumplir con las políticas públicas involucradas en la contratación.

En efecto, el objetivo principal de la recomposición contractual radica en que el contratista particular pueda finalizar la ejecución contractual, en aras a que se cumpla la finalidad de la contratación y en consecuencia, se cubran las necesidades públicas que motivaron la contratación, todo lo que resguarda el interés público. A su vez, tal como anticipamos, esto permitirá incluso el cumplimiento de otras políticas públicas que se estaban cumpliendo con esa contratación (sostenibilidad, inclusión, fomento PyMEs, etc.).

Adherimos a quienes sostienen que la “atribución renegociadora” del contrato público en cabeza del Poder Ejecutivo es concebible siempre que la renegociación del contrato en marcha esté orientada a la protección del interés público o dirigida a la mejor satisfacción de las necesidades colectivas⁽³⁵⁾. Es decir, el fundamento de la recomposición del contrato también estará dado por resultar aquello más conveniente para el interés público, para lo que será esencial contemplar las necesidades públicas que se pretendían cubrir, y las políticas públicas involucradas en la contratación.

IV.5. La competencia de las autoridades públicas en su carácter de comitentes para proceder a la recomposición del contrato

A pesar de que la posibilidad de renegociar contratos no esté expresamente contemplada en las normas aplicables, consideramos que se trata, incluso, de facultades implícitas de la Administración pública⁽³⁶⁾.

(35) Cfr. DRUETTA, Ricardo Tomás, “*Renegociación del contrato administrativo*”, en Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 367. Así, sostiene que no resulta válido una renegociación contractual que no responda a necesidades de interés público debidamente comprobadas.

(36) Se tiene dicho que la competencia de los órganos públicos deriva de los poderes expresos conferidos por la norma y de los que puedan derivarse como razonablemente implícitos de aquellos [cfr. COMADIRA, J. Pablo (coord., col. y act.), “Curso de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, t. I, p. 235].

La PTN ha reconocido que la Administración pública en su carácter de comitente posee facultades propias para renegociar los contratos que celebra, como consecuencia de su condición de jefe de la Administración General del país prevista en el art. 99 inciso 1° de la Constitución Nacional⁽³⁷⁾.

IV.6. El procedimiento de recomposición contractual

Al momento de proceder a la recomposición del equilibrio de la ecuación económico financiera, se deberán respetar los principios básicos de la contratación tales como: i) la igualdad licitatoria⁽³⁸⁾, que exige que la modificación del contrato se efectúe a partir de criterios objetivos, que tengan en consideración que los hechos acaecidos hubiesen afectado a cualquier adjudicatario; ii) debido proceso adjetivo o garantía de defensa, que implica la efectiva posibilidad de participación en el procedimiento, integrando el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a obtener una resolución fundada y a impugnar la decisión⁽³⁹⁾; el procedimiento renegocial puede representar un procedimiento contradictorio, con intereses contrapuestos, por lo que la decisión no se puede dictar inaudita parte; iii) impulsión e instrucción de oficio y verdad material, en tanto corresponde a la Administración aportar elementos de juicio e investigar la verdad material⁽⁴⁰⁾, que permitan comprender el impacto real de los hechos que alteraron el equilibrio de la ecuación económico financiera; iv) celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites⁽⁴¹⁾; v) informalismo a favor de los interesados, a fin de desarrollar un trámite sin atadura a requisitos sacramentales; vi) transparencia y gratuidad, siendo la gratuidad un principio propio del procedimiento administrativo, y la transparencia otorgará legitimidad a la recomposición

(37) PTN, Dictámenes 305:291.

(38) El principio de igualdad en la contratación, entre oferentes que participaron y terceros autoexcluidos, que posee fundamento en el art. 16 de la CN, podría ser afectado ante una modificación en el marco de la ejecución del contrato, puesto que los mencionados podrían haber tenido la oportunidad de formular sus ofertas de un modo diferente de haber conocido, en su momento, las modificaciones que se iban a introducir a los pliegos, especialmente aquellas que se refieren a su equilibrio económico-financiero.

(39) Art. 18 CN. Además esta garantía también está expresamente prevista en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N.º 19.549 [cfr. art. 1º *bis* inc. a)].

(40) La PTN sostuvo que “[c]onforme al principio de verdad material que nutre al procedimiento administrativo, la Administración debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, fundar una efectiva decisión, superando incluso con su actuación oficiosa, las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes” (Dictámenes 280:107).

(41) La jurisprudencia sostuvo que “los principios que rigen el procedimiento administrativo imponen que los trámites deben efectuarse con celeridad, economía, sencillez y eficacia” (CNCAF, Sala IV, 07/05/98, “Campos Danilo c/ Estado Nacional” (Expte. 12580/94).

contractual que se debe fundar en la real incidencia del impacto producido por los hechos denunciados⁽⁴²⁾.

Al no estar previstas las alternativas que podrán incluirse en una recomposición, se deberá estar a cada contrato en particular, para comprender de qué forma se podrá restablecer el equilibrio de la ecuación económico-financiera.

A modo ejemplificativo, podemos mencionar que se podrían observar las siguientes alternativas, o un conjunto de ellas, para proceder a la recomposición del contrato, para lo que deberá evaluarse cada caso en particular: (i) ampliación de plazo; (ii) adecuación del plan de trabajo; (iii) actualización del valor de la prestación; (iv) modificación de la prestación (por ejemplo, una reducción); entre otros.

V. CONCLUSIÓN

En virtud de las consideraciones aquí expuestas, hemos acreditamos que, a nuestro entender, ante hechos que alteran el equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato administrativo, corresponde proceder a su recomposición, siendo ésta una exigencia del interés público, que permitirá la satisfacción de la necesidad pública que se pretendía cubrir con la contratación, el cumplimiento de las políticas públicas comprometidas en esa contratación, y el resguardo de derechos fundamentales del contratista. Las entidades contratantes poseen facultades implícitas para proceder a la recomposición del contrato. El procedimiento de recomposición se deberá llevar adelante respetando principios básicos de la contratación pública, como es el principio de igualdad, debido proceso, transparencia, entre otros.

(42) La transparencia además de ser un valor por el que debe velar el Estado en todas sus funciones, ha sido mencionado expresamente dentro del decreto 1023/01.

COMPRAS SOSTENIBLES. UNA HERRAMIENTA ESTRATÉGICA TANTO PARA EL SECTOR PÚBLICO COMO EL PRIVADO CON ESPECIAL REFERENCIA A TUCUMÁN

María Belén Aliciardi (*)

I. INTRODUCCIÓN

¿Porque las compras sostenibles son una herramienta para el desarrollo sostenible de los sectores Público y Privado?

Según lo expresa el PNUMA, la compra sostenible (en adelante CS), es un proceso en el que las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes y servicios utilizando sus recursos de manera eficiente a lo largo de toda su vida útil, de modo que se generen beneficios no solo para la organización sino también para la sociedad y la economía, minimizando al mismo tiempo los daños al ambiente.

En otras palabras, las CS son aquellas en cuyos procesos de contratación se consideran las variables económicas, sociales y ambientales. Realizamos CS cuando nuestros requerimientos buscan un adecuado equilibrio entre estas tres variables con los diferentes factores, productos o servicios que contratamos.

En el caso específico de la compra pública sostenible es el proceso mediante el cual los Organismos Públicos se proveen de bienes, servicios e insumos para poder llevar a cabo sus funciones públicas, con el claro objetivo de lograr en el momento de su adquisición, el mejor rendimiento del dinero público (valor por dinero), no sólo desde el punto de vista económico, sino también atendiendo aspectos sociales y ambientales. Se comprende así por qué el proceso de las contrataciones públicas afecta a todos, tanto cuando

(*) Abogada, notaria y mediadora (UNC). Especialista en Derecho Ambiental (UBA). Magister en Gestión Ambiental (UNSAM). Diplomada en compras públicas sostenibles (OEA). Consultora en compras públicas sostenibles PNUD Proyecto ShiPP (2019/2023), BID (2021 a la fecha), CAF (2022/2024) y OEA (2023).

sus resultados son beneficiosos como cuando son negativos para la ciudadanía, ya que lo que se pone en juego aquí son las necesidades y los recursos de los que dispone la sociedad para su desarrollo y búsqueda del bienestar (Arcidiacono y otros: 2009:30).

El Estado es normalmente el principal consumidor de la economía nacional, y ello se ve reflejado en el porcentaje que representan sus transacciones en el Gasto Público dentro de la fórmula del Producto Bruto Interno, las compras públicas representan aproximadamente, según los países, entre el 15 y el 25% de producto bruto interno (PBI), dependiendo de las estructuras productivas y contextos económicos de cada uno de ellos, y constituyen una excelente oportunidad para impulsar y establecer las políticas de desarrollo sostenible. En el caso argentino, las compras que realiza el Estado representaron en 2018, el 16,1% del PBI⁽¹⁾.

Por lo tanto, el desempeño del Sistema de Compras Públicas es clave para cualquier economía y su desarrollo, ya que representa una gran oportunidad para cambiar los patrones de consumo hacia modelos sostenibles, a través del uso de herramientas que permitan influir en el mercado, fomentando la producción y el suministro de bienes, servicios y obras amigables con el ambiente y socialmente responsables. Su impacto no se limita a la organización contratante; de hecho, se transmite a través de la cadena de suministro. Básicamente, las compras públicas sostenibles buscan optimizar el valor por el dinero a través del ciclo de vida del producto, servicio o infraestructura, obteniendo así beneficios económicos, ambientales y sociales, lo que permite que la implementación de CPS se convierta en una herramienta clave para el cumplimiento de la Agenda 2030.

Las compras públicas constituyen el mejor mecanismo del Estado para impulsar CPS y establecer reglas claras en el mercado sobre los productos sostenibles. En la medida en que se demanden bienes, servicios y obras con criterios de sostenibilidad, el mercado tenderá a transformarse gradualmente en esa dirección.

Resulta menester valorar el poder de compra del Estado para impulsar la sostenibilidad en las compras públicas, y por extensión en todos los productos y servicios que son comunes o similares con los requeridos por la sociedad en su conjunto. Los sistemas de compras públicas son elementos centrales para mantener una organización eficiente de las compras, una valoración sistemática de los factores que contribuyen a la sostenibilidad, y transparencia en las decisiones adoptadas. Es importante que estos siste-

(1) BID (2020) Transparencia y Gobierno Digital. El impacto del COMP.AR en Argentina. Elaborado por Roberto de Michele & Gaston Pierri. Ver: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Transparencia-y-gobierno-digital-El-impacto-de-COMPR.AR-en-Argentina.pdf>.

mas sean similares en los diferentes organismos y niveles del estado para facilitar el intercambio de información. Los sistemas de gestión de compras pueden además promover programas de desarrollo de proveedores sostenibles, aportando facilidades de capacitación, incorporación de nuevas tecnologías y certificación de sus productos, que luego se diseminan en el resto del mercado⁽²⁾.

La gestión pública puede también inducir la oferta de productos sostenibles mediante la publicidad oficial y acuerdos con las cadenas de comercialización de los productos de consumo masivo. Debe tenerse en cuenta que, en general, a nivel del consumidor individual, especialmente en los países en desarrollo, las compras tienen una alta elasticidad frente a los precios de los bienes y servicios, mientras que el accionar del sector público puede reducir esas distorsiones aprovechando su mayor escala.

El gasto público concentra un significativo poder adquisitivo, por lo que orientar este gasto hacia bienes y servicios más sostenibles contribuye con la transición hacia la innovación y la sostenibilidad.

Por otro lado la compra sostenible le permite al sector privado...

Y en el caso del sector privado, podríamos aprovechar la definición de la ISO 20400 que entiende a las compras sostenibles como *aquella compra que tiene el mayor impacto positivo ambiental, social y económico posible durante todo el ciclo de vida*.

Las políticas exigidas por la ISO 20400 no solo deben de ser cumplidas a nivel interno por la propia organización, sino también deberán de ser cumplidas por sus proveedores y clientes.

ISO 20400 está dirigida a organizaciones de cualquier tamaño, independientemente de que sean del sector público, así como del privado, ya que se puede aplicar a prácticamente todas las decisiones de compra, *desde adquisición de productos y servicios, hasta contratación de suministros*.

Hay que destacar que ISO 20400 es un estándar normativo que proporciona pautas y no requisitos. Por lo tanto, *no se encuentra entre sus fines la certificación de esta*.

Así, la compra o adquisición sostenible consiste en el *proceso de tomar decisiones de compra que satisfagan las necesidades de bienes de una organización y servicios de una determinada manera que beneficie no solo a la organización, sino a la sociedad en su conjunto, mientras minimiza su impacto en el ambiente*.

(2) MAYDS (2021) Estrategia Nacional De Consumo Y Producción Sostenible. VER: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/encps.pdf>.

II. EJEMPLOS CONCRETOS DE CÓMO LAS CPS PERMITEN EL CUMPLIMIENTO DE LA AGENDA 2030 EN ARGENTINA

Retomando el ODS 12 de Garantizar el consumo y la producción sostenible, vale remarcar que dichos conceptos son dos caras de la misma moneda no hay consumo sostenible sin hay producción sostenible y viceversa. Este ODS se lo conoce como el corazón de los ODS porque es el que posee mayor cantidad de vinculaciones con otros ODS, con lo cual cumpliendo este también se cumplen muchas otras metas, de allí que la meta 12.7 que establece promover la compra pública sostenible, deba ser vista la compra publica sostenible como una herramienta estratégica para el cumplimiento de otras metas de la Agenda 2030 y la meta 12.6. Promover las practicas sostenibles de las empresas.

A continuación expondremos ejemplos concretos de esta afirmación para Tucumán:

a) La ley 7.104/2000 (modificada por ley 9400/2021) crea el Registro de Deudores Alimentarios, cuyo artículo 6° establece que “[l]os proveedores de todos los organismos de la Provincia deben, como condición para su inscripción como tales, adjuntar a sus antecedentes una certificación en la que conste que no se encuentran incluidos en el Registro. En el caso de las personas jurídicas tal requisito debe ser cumplimentado por la totalidad de sus directivos”.

b) La ley N.º 7022/2020 (modificado por 7325, 7378 y 7812) del Programa de “Copa de Leche” dispone en su art. 6° que “[l]as personas físicas y/o entidades productoras de leche y sus subproductos que participen del Programa Complemento Alimentario ‘Copa de Leche’ deberán acreditar fehacientemente su radicación y permanencia en la Provincia de Tucumán, debiendo estar inscriptos en un registro que se habilitará a tal efecto, para lo cual se les requerirá la documentación pertinente y actualizada que establezca la reglamentación y que acredite el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes en las leyes nacionales, provinciales y en las ordenanzas municipales que resulten aplicables. Exceptuase de lo normado en el presente artículo la adquisición de leche en polvo”.

c) Por su parte la ley N.º 7197 del Programa de Fomento y Desarrollo de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (MiPyME), en su art. 8° fija que “[l]os organismos provinciales y las municipalidades que se adhieran, deberán aplicar el régimen del Compre Tucumano, establecido por la ley N.º 6697 y su decreto reglamentario, en todas sus adquisiciones y/o contrataciones.” y su art. 19 dispone que “[l]a Provincia de Tucumán, adhiere a lo establecido en la ley nacional N.º 25300 —Fomento para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas MiPyME— en los Títulos IV, V, VII y en todo lo que fuere de aplicación en la jurisdicción Provincial”.

d) La ley N.º 9287/2020 del Compre Tucumano en su artículo 1º establece que los tres poderes del Estado, los entes autárquicos y descentralizados, sociedades y/o empresas del Estado Provincial o mixtas con participación estatal mayoritaria darán preferencia, ante igualdad de condiciones, a la compra, contratación y consultoría de: 1) Bienes y servicios de origen provincial; 2) Empresas tucumanas; 3) Profesionales, técnicos y mano de obra, tucumanos, el art. 2º entiende que Los materiales, mercaderías, productos y bienes de uso o capital se considerarán de origen provincial cuando fueran producidos u obtenidos en la Provincia de Tucumán, o cuando los costos de los componentes utilizados para su producción sean de origen provincial en un 60% (sesenta por ciento), el art. 4º dispone que a los efectos de esta ley serán considerados profesionales, técnicos y mano de obra tucumanos, quienes acrediten dos (2) años como mínimo de domicilio en la Provincia. Art. 7º.- Las empresas u organizaciones de origen provincial que califiquen como Pequeñas y Medianas Empresas (PyMEs), serán preferidas en la contratación en la medida que su oferta no supere en hasta 5% (cinco por ciento) el ofrecimiento más conveniente formulado, siempre que la oferta esté dentro de las bases y condiciones establecidas para la contratación y el Art 8º.- En los casos en que no existan ofertas locales en los términos de la presente ley se dará preferencia a aquellas ofertas provenientes de otras Provincias del NOA y/o que tengan convenios de reciprocidad con nuestra Provincia.

e) La ley N.º 8.761/2015 de Responsabilidad Social y Ambiental, en el capítulo sobre Certificado Tucumano de Responsabilidad Social y Ambiental en su art. 12 entre sus Beneficios establece que “[q]uienes obtengan el Certificado (de Responsabilidad Social y Ambiental) podrán acceder, de acuerdo a las pautas que determine la reglamentación, a los siguientes beneficios: [...] 2) Prioridad en las contrataciones con el Estado Provincial, cuando exista igualdad de condiciones en la oferta. Los Municipios que adhieran a la presente ley pueden adoptar el mismo criterio en lo concerniente a este tema...”.

f) La ley 8979/2017 de establecimiento de la “Marca Tucumán” como marca oficial de la provincia

Resúmen: Marca Tucumán: Establece la “Marca Tucumán” como Marca Oficial de la Provincia. Dispone que toda papelería y publicación oficial deberá llevar el isotipo Marca Tucumán.

Crea el Consejo Asesor de la Marca Tucumán (Reglamento dictado por IDEP - Instituto de Desarrollo Productivo).

g) En San Miguel de Tucumán, se lleva a cabo el Programa Urbal III junto con el proyecto IDEAL, cuyo objetivo es mejorar la calidad ambiental de los municipios a partir de LA INTERMUNICIPALIDAD, fortaleciendo la misma y el empoderamiento de la sociedad civil, para garantizar su plena

participación y asunción de responsabilidades en los espacios que guían el proceso de desarrollo local y construcción de una ciudadanía plena, gestión integral de los residuos sólidos urbanos, el saneamiento de los micro basurales, la separación de residuos, PET, para su posterior reciclado y, la difusión y visibilidad de las actividades realizadas y de los resultados alcanzados. El Programa Urbal III (2009-2013) es un innovador programa de cooperación descentralizada de EuropeAid (Comisión Europea) con América Latina cuyo objetivo es el impulso de políticas públicas locales que contribuyan a incrementar el grado de cohesión social en las colectividades subnacionales de la región y que puedan convertirse en modelos de referencia.

h) Vale destacar la experiencia de Yogurito, en Tucumán, un alimento probiótico, desarrollo tecnológico del CONICET, con propiedades funcionales y benéficas que contribuye a mejorar la salud de niños en condiciones de vulnerabilidad. Este producto es distribuido a la población infantil en Tucumán desde el año 2008 por el Ministerio de Desarrollo Social de Tucumán a través de la Dirección de Políticas Alimentarias, representando un ejemplo de cómo los programas alimentarios del gobierno y las compras públicas pueden representar un canal de comercialización de la bebida láctea fermentada.

Finalmente vale destacar, la Matriz ODS de Tucumán⁽³⁾ que presenta la integración y sistematización de las políticas públicas del Estado provincial, las leyes vigentes, los proyectos de investigación de la comunidad científica, las iniciativas de las organizaciones de sociedad civil (OSC) y de las empresas, en vinculación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030.

III. PALABRAS FINALES. HACIA UN NUEVO MODELO DE COMPRA

La compra, debe ser una verdadera política pública y privada estratégica para promover el fomento del desarrollo sostenible.

Debemos ser inteligentes y utilizar el cumplimiento de necesidades inmediatas para también cumplir necesidades mediatas como reflejan los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como lo hemos visto con ejemplos concretos de Tucumán.

Debemos cambiar la forma tradicional de comprar, en donde se adjudica al de menor precio, se debe pasar del Precio al Valor, e incorporar variables tan importantes como la económica, como lo son la ambiental y la social,

(3) Ver: <https://matrizods.tucuman.gob.ar/#>.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALICIARDI, M. B. (2023). "Compras sostenibles municipales: Una herramienta estratégica de políticas públicas para los gobiernos locales". *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* - Número 30 - Julio 2023. IJ-IV-DLI-332. Argentina. <https://ijeeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=a4af6ac140c11b9481d35d0bd917db50>.
- ARAYA ALLENDE, J. (2006) *Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*. (Vol.67) Publicación de las Naciones Unidas.
- ARROWSMITH, S. (2019). Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía. *Revista Digital de derecho Administrativo*, 21, 223-261. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.11>.
- BEZCHINSKY, G. y LÓPEZ FERNÁNDEZ, M. (2012). *Compras Públicas sustentables en América Latina y el Caribe*. En Rozenwurcel, G. y Bezchinsky, G., *Compras públicas en América Latina y el Caribe. Diagnósticos y desafíos*. (107-144). Argentina: Universidad Nacional de San Martín.
- CAPELLO, M., & ORO, L. G. G. (2015). Gasto público eficiente: Propuestas para un mejoramiento en los sistemas de compras y contrataciones gubernamentales. *Actualidad Económica*, 25(85), 5-20. Recuperado el 18/02/2018 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6213380>.
- DE MICHELE, R. Y PIERRI, G. (2020). *Transparencia y gobierno digital. El impacto de COMPR.AR en Argentina*. Documento para Discusión N.º IDB-DP-767. BID. <https://publications.iadb.org/es/transparencia-y-gobierno-digital-el-impacto-de-comprar-en-argentina>.
- LAFUENTE, A., VIÑUALES, V., PUEYO, R., Y LLARÍA, J. (2003). *Responsabilidad social corporativa y políticas públicas*. Fundación Alternativas. Recuperado el 12/05/2017 de: http://ecodes.org/documentos/archivo/ecodes_fa_rsc_politicas_publicas.pdf.
- NASER, A., y CONCHA, G. (2014). *Rol de las TIC en la gestión pública y en la planificación para un desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, Chile: CEPAL - Serie Gestión Pública, 79.
- OCDE (2016), *Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017*, Éditions OCDE, Paris. Recuperado el 24/09/2018 de: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7979/Panorama-de-las-Administraciones-Publicas-America-Latina-y-el-Caribe-2017.pdf>.

REZZOAGLI, B. (2013). La responsabilidad social de la contratación pública en el combate a la corrupción. México: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal.

ROZENWURCEL, G. y DREWES L. (2012). Las PyMEs y las compras públicas. Programa ICT4GP. Universidad Nacional de San Martín.

SANANDO AL PLANETA MIENTRAS SANAMOS. EL IMPACTO DE LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS EN LA SALUD

Fernanda Otero Barba (*)

I. SALUD AMBIENTAL

I.1. Consideraciones generales

La salud ambiental es una rama de la salud pública que se encarga de identificar, describir, supervisar, controlar y evaluar cómo los riesgos físicos, químicos, psicosociales y biológicos del entorno impactan en la salud humana.⁽¹⁾

La salud en sí misma comprende un ámbito complejo del que forman parte las personas y el medio en el que habitan.⁽²⁾

A su vez, el valor del desarrollo humano actúa como una confluencia, ya que su sostenibilidad depende de la interacción de varios componentes que integran las variables ambiental, económica, social y cultural.⁽³⁾

Es decir que la salud ambiental comprende aquellos matices de la salud humana, en la cual se encuentra la calidad de vida, que se ve influenciada por los determinantes ambientales de la salud,⁽⁴⁾ cuyo abordaje mejora di-

(*) Profesora de Derecho Administrativo, Coordinadora académica de la Diplomatura en Derecho Sanitario, Facultad de Derecho, Universidad Austral.

(1) VARGAS, F. y GALLEGO PULGARÍN I., "Calidad ambiental interior: bienestar, confort y salud", https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200011. Disponible: 20/09/24.

(2) PONZ, A., CARRASQUER, B., Álvarez, M. V. y Carrasquer, J., "Percepción de las competencias en salud", de los libros de texto por estudiantes de magisterio y expertos. Enseñanza de las Ciencias, número extraordinario, 2017, ps. 817-822.

(3) CAFFERATTA, N., "Derecho a la salud y derecho ambiental", Revista La Ley, 2006, 409 - Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales Tomo II, 537. TR LALEYAR/DOC/435/2006.

(4) ORDÓÑEZ, G.A., "Salud ambiental: conceptos y actividades", Revista Panamericana Salud Publica, 2000, ps. 137-147.

rectamente la salud de las poblaciones e indirectamente, la productividad de bienes y servicios relacionados con la salud⁽⁵⁾.

La Constitucional Nacional, al consagrar el derecho ambiental, lo hace también de manera implícita respecto a la salud ambiental⁽⁶⁾. A su vez, la Ley General del Ambiente (ley N.º 25.675), comprende, una íntima relación entre salud y medio ambiente, donde desarrolla dicho precepto constitucional, y fija los principios rectores de su política⁽⁷⁾.

Es evidente que el ser humano no puede sobrevivir al margen de la naturaleza, teniendo el derecho a gozar de una vida digna, lo que conlleva el respeto al derecho a un ambiente sano⁽⁸⁾. La salud ambiental tiene como objetivo la protección y preservación de la vida, situando a los seres humanos en el centro de las preocupaciones relacionadas con un entorno saludable⁽⁹⁾.

Esto depende del compromiso y responsabilidad de todos. Es decir, su núcleo es el cuidado de la vida. Entre los principales peligros y riesgos se encuentran la contaminación por combustión de carbón o petróleo, las infecciones transmitidas por animales, la contaminación del agua y aire, la exposición a sustancias químicas y la contaminación radiactiva. Una gestión adecuada, que incluya el diseño de políticas, planes y estrategias efectivas, puede minimizar los daños y riesgos para la salud de las personas mediante la implementación de medidas de prevención⁽¹⁰⁾.

Tanto a nivel global como nacional, las normativas actuales coinciden en la necesidad de aumentar la conciencia sobre los riesgos ambientales y la urgente necesidad de cuidar y utilizar los recursos de manera responsable⁽¹¹⁾.

En el contexto de migraciones masivas y un mundo cada vez más interconectado e interdependiente, impulsado por la globalización y el cambio

(5) Organización Panamericana de la Salud (OPS), Determinantes ambientales, <https://www.paho.org/es/temas/determinantes-ambientales-salud>. Disponible: 20/09/24.

(6) Artículo 41 y 42 de la Constitución Nacional.

(7) RADOVICH, V., "Consideraciones sobre la evolución del derecho ambiental en la república argentina con especial mención al principio precautorio en la ley de bosques y en la ley de glaciares", Repositorio Conicet, 2018, ps. 3-4, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/177246/CONICET_Digital_Nro.54ef0f52-9e86-462a-93b7-100d67632cf1_B.pdf?sequence=2&isAllowed=y Disponible" 18/09/24.

(8) CAFFERATTA, N., "Derecho a la salud y derecho ambiental", LLC2006, 409 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 537, Cita: TR LALEY AR/DOC/435/2006.

(9) *Ibidem*.

(10) RENGIFO CUÉLLAR, H., "Conceptualización de la salud ambiental: Teoría y práctica", (parte 2), Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, vol. 26, núm. 1, 2009, ps. 66-73.

(11) Directiva Unión Europea (UE) 2018/850, 2018, <https://www.boe.es/doue/2018/150/L00100-00108.pdf> Disponible: 20/09/24.

climático, se ha facilitado la transmisión de enfermedades, lo que ha revelado la complejidad de los problemas de salud que puedan surgir⁽¹²⁾. No obstante ello, el desarrollo global también ha permitido la creación de sistemas de prevención más efectivos, como la vigilancia sanitaria y las medidas de protección, gracias a los avances tecnológicos y sanitarios. El acceso de la población a sistemas de salud ha sido fundamental para prevenir enfermedades que antes eran difíciles de abordar, lo que ha contribuido a reducir el impacto de estas en comparación con épocas anteriores⁽¹³⁾.

I.2. Enfoque *One Health* o una sola salud

Actualmente, desde el sector sanitario se está promoviendo el concepto de *One Health* o una sola salud con un abordaje multidisciplinario, para contribuir a una salud óptima para las personas y nuestro planeta.

En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) trabajan conjuntamente en el impulso de transformaciones necesarias para disminuir el impacto de los desafíos actuales y futuros para la salud, a escala mundial, regional y nacional. A fin de evitar futuras pandemias y promover la salud de manera sostenible mediante el enfoque “Una sola salud”⁽¹⁴⁾.

Surge así, la necesidad de asumir la responsabilidad por parte de la sociedad, en el cambio de comportamientos y en la adopción de soluciones sostenibles en las que se reconozca, la importancia del bienestar animal y la integridad de todo el ecosistema, con el fin de garantizar el bienestar de los ciudadanos.⁽¹⁵⁾ En conclusión, el concepto de ‘Una sola salud’ resalta la importancia de entender y abordar los riesgos sanitarios globales mediante la

(12) ZUNINO, P., “Historia y perspectivas del enfoque Una Salud”, Revista Veterinaria, Montevideo, 2018, vol.54 no.210. http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-48092018000200046 Disponible: 20/09/24.

(13) LUCERO, K. y DIAZ PANTOJA, J., “Desafíos en el derecho internacional para la protección de niños, niñas y adolescentes y sus familias víctimas de desplazamiento ambiental”. Revista De Derecho Ambiental, 2022, ps. 231–260. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68289> Disponible: 21/09/24.

(14) Organización Mundial de la Salud (OMS), “Una sola salud, plan de acción conjunto (2022-2026): trabajar juntos por la salud de los seres humanos, los animales, las plantas y el medio ambiente”, 2022, <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240059139> Disponible: 21/09/24.

(15) World health organization (WHO), “The One Health Definition and Principles Developed by One Health High-Level Expert Panel (OHHLEP)”, 2023, https://cdn.who.int/media/docs/default-source/one-health/ohhlep/one-health-definition-and-principles-translations.pdf?sfvrsn=d85839dd_6&download=true. Disponible: 15/09/24.

coordinación de esfuerzos multisectoriales para la prevención, preparación y respuesta ante las enfermedades que nos afectan⁽¹⁶⁾.

En este contexto, se han establecido los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS 2030), que incluyen numerosas metas en cada uno de ellos. Por ejemplo, el ODS 3, dedicado a la salud y el bienestar, busca promover otros ODS, como el 13, que se centra en la acción por el clima, debido a su impacto significativo en la salud pública⁽¹⁷⁾. Además, la Agenda 2030 aborda los determinantes ambientales de la salud, contribuyendo a los problemas sanitarios a través del ODS 6, que tiene como objetivo garantizar el acceso a agua limpia y saneamiento para todos. A su vez, el ODS 7 promueve el acceso a energía asequible, segura y sostenible, mientras que el ODS 11 busca crear ciudades y comunidades sostenibles y seguras, y finalmente el ODS 12 se enfoca en asegurar modalidades de consumo y producción responsable⁽¹⁸⁾. Se puede observar, como la aplicación del enfoque *one health* en la gobernanza sanitaria, basándose en la interdisciplinariedad y la información científica rigurosa, se impone en la actualidad, como una necesidad urgente para reestructurar las políticas de desarrollo y hacerlas más efectivas y sostenibles,⁽¹⁹⁾ protegiendo y promoviendo la salud ambiental de manera alineada con los ODS.

II. IMPACTO EN LA SALUD AMBIENTAL A CAUSA DEL SECTOR SANITARIO COMO UNO DE LOS ACTORES TRASCENDENTES

II.1. El área de la salud como generador de residuos

La OMS señala que el sector sanitario, a nivel global, es responsable de aproximadamente el 5% de las emisiones de gases de efecto invernadero. Si se considerara a dicho sector como un país, ocuparía el quinto lugar entre los emisores más grandes del mundo. De esta huella climática, más del 80% se atribuye a la quema de combustibles fósiles⁽²⁰⁾.

(16) SOTO GONZÁLEZ, S., “*One Health* (Una sola salud) o cómo lograr a la vez una salud óptima para las personas, los animales y nuestro planeta”, 2021, <https://www.isglobal.org/healthisglobal/-/custom-blog-portlet/one-health-una-sola-salud-o-como-lograr-a-la-vez-una-salud-optima-para-las-personas-los-animales-y-nuestro-planeta/90586/0> Disponible: 15/09/24.

(17) DIÉGUEZ, C., “Antecedentes y justificación de los aspectos ambientales del Plan Estratégico de Salud y Medioambiente”, *Revista de Salud Ambiental*, 22, 2022.

(18) Organización Panamericana de la Salud (OPS), “Determinantes ambientales de salud”, <https://www.paho.org/es/temas/determinantes-ambientales-salud> Disponible: 15/09/24.

(19) LIRUSSI, F., ZIGLIO, E. y CURBELO PÉREZ, D., “*One Health* y las nuevas herramientas para promover la salud desde una perspectiva holística y medioambiental”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, 2021, N.º 17, <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/17112> Disponible: 20/09/24.

(20) GIL POSSE, C., “Huella climática del sector salud”, *Salud sin daño*, <https://salud-sindanio.org/HuellaClimaticaSalud> Disponible: 14/09/24

El aumento en la demanda de servicios de salud conlleva una expansión estructural y física de los hospitales, lo que a su vez incrementa la generación de desechos médicos. Esta situación representa una grave amenaza tanto para la salud humana como para el medio ambiente, debido a la cantidad y variedad de residuos generados⁽²¹⁾.

Así mismo, los responsables de la toma de decisiones tienden a optar por productos médicos desechables, lo que contribuye aún más al incremento de los residuos sanitarios⁽²²⁾. Se calcula que cada año se aplican en el mundo 16.000 millones de inyecciones. Pero no todas las agujas y jeringas se eliminan correctamente, lo que entraña un riesgo de lesión o infección. En los últimos años, el número de inyecciones con agujas y jeringas contaminadas, si bien ha disminuido en los países de ingresos bajos y medianos, la administración de inyecciones en condiciones no seguras llegó a causar 33.800 nuevas infecciones por HIV, 1,7 millones de infecciones por el virus de la hepatitis B y 315.000 infecciones por el virus de la hepatitis C⁽²³⁾. Estas cifras estadísticas resultan representativas para mostrar los riesgos reales de los desechos sanitarios⁽²⁴⁾.

Urge brindar capacitaciones adecuadas al personal sanitario a fin de que los desechos médicos se recojan, almacenen y eliminen de forma separada de los residuos domésticos e industriales, considerando sus riesgos y peligros⁽²⁵⁾. Cuando los desechos médicos se mezclan con los residuos domésticos e industriales, se vuelven irreciclables, al igual que los desechos médicos por sí mismos. Además, esta práctica puede provocar daños irreparables a la salud humana y al medio ambiente.⁽²⁶⁾ A su vez, resulta nece-

(21) SIMÓN, F., "El mundo, las personas y las emergencias sanitarias", Lanza Digital, 2022, <https://www.lanzadigital.com/provincia/fernando-simon-dice-que-la-resistencia-a-los-antibioticos-es-la-mayor-amenaza-sanitaria-en-los-proximos-anos/> Disponible: 21/09/24.

(22) Organización Mundial de la Salud (OMS), "Las toneladas de desechos de la atención de salud en el contexto de la COVID-19 hacen patente la necesidad apremiante de mejorar los sistemas de gestión de desechos", 2022, <https://www.who.int/es/news/item/01-02-2022-tonnes-of-covid-19-health-care-waste-expose-urgent-need-to-improve-waste-management-systems> Disponible: 21/09/24.

(23) PÉPIN, J., ABOU CHAKRA, C. N., PÉPIN, E., NAULT, V. y VALIQUETTE, L., "Evolution of the global burden of viral infections from unsafe medical injections", 2014, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24911341/> Disponible: 18/09/24.

(24) HAYLEYESUS, S. F. y WONDEMAGEGN C., "Generación y gestión de residuos sanitarios en instalaciones sanitarias públicas en Adama", Etiopía, *Revista de Salud y Contaminación*, 2016, Volumen 6, Número 10, ps. 64-73. <https://doi.org/10.5696/2156-9614-6-10.64>.

(25) Organización Mundial de la Salud (OMS), "Desechos de las actividades de atención sanitaria", 2018, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/health-care-waste> Disponible: 16/09/24.

(26) Organización Mundial de la Salud (OMS), "Desechos de las actividades de atención sanitaria", 2018, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/health-care-waste> Disponible: 16/09/24.

sario llevar a cabo una correcta segregación de cada tipo de desperdicio médico, ya que cada residuo sanitario conlleva diferentes riesgos y amenazas y una errónea segregación puede aumentar gravemente los riesgos para la sostenibilidad del medio ambiente y la salud pública⁽²⁷⁾.

Se observa así, cómo los sistemas de salud contribuyen, causando un impacto negativo en el medio ambiente, viéndose con el deber de llevar a cabo una gestión adecuada de los residuos y reducir los mismos⁽²⁸⁾.

En esta línea de ideas, la OMS ha presentado un marco operativo destinado a crear sistemas de salud resilientes al cambio climático y con bajas emisiones de carbono. Este marco integral tiene como objetivo mejorar la resiliencia de los sistemas de salud y al mismo tiempo disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero, con el fin de proteger la salud de las comunidades a nivel global⁽²⁹⁾. En el contexto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP28), líderes del sector salud, representando a más de 46,3 millones de profesionales, han instado a la presidencia de la COP28 y a todos los gobiernos a priorizar la salud, mediante la eliminación progresiva de los combustibles fósiles. Durante dicha Convención, se ha enfatizado sobre la importancia de una salud libre de daños y se ha reconocido la urgente necesidad de reducir la huella de carbono⁽³⁰⁾.

(27) Organización Panamericana de la Salud (OPS), “Residuos sólidos”, <https://www.paho.org/es/temas/residuos-solidos> Disponible: 15/09/24.

(28) GHEBREYESUS, T. A., “Las nuevas Directrices mundiales de la OMS sobre la calidad del aire tienen como objetivo evitar millones de muertes debidas a la contaminación del aire”, OMS, 2021, <https://www.who.int/es/news/item/22-09-2021-new-who-global-air-quality-guidelines-aim-to-save-millions-of-lives-from-air-pollution> Disponible: 21/09/24.

(29) Organización Mundial de la Salud (OMS), “Más de 40 millones de profesionales de la salud exigen en la COP28 que se actúe de forma valiente en el ámbito de la salud y la lucha contra el cambio climático”, 2023 <https://www.who.int/es/news/item/02-12-2023-over-40-million-health-professionals-demand-bold-health-and-climate-action-at-cop28>. Disponible 20/09/2024.

(30) En igual sentido, los objetivos principales del marco de la OMS incluyen: guiar a los profesionales en la colaboración para abordar los riesgos climáticos; fortalecer la resiliencia de los sistemas de salud ante el cambio climático y promover enfoques sanitarios con bajas emisiones; apoyar el desarrollo de intervenciones específicas para reducir riesgos climáticos y emisiones; y definir las funciones y responsabilidades de los tomadores de decisiones en el ámbito de la salud respecto a la resiliencia climática. Organización Mundial de la Salud (OMS), “Más de 40 millones de profesionales de la salud exigen en la COP28 que se actúe de forma valiente en el ámbito de la salud y la lucha contra el cambio climático”, 2023 <https://www.who.int/es/news/item/02-12-2023-over-40-million-health-professionals-demand-bold-health-and-climate-action-at-cop28>. Disponible 20/09/2024.

II.2. Los residuos sanitarios y la salud ambiental

El derecho a la salud parecería realmente contradictorio en la medida que el ejercicio del arte de curar, a su vez, genera daños a la salud. Podemos ver dos caras opuestas de una misma moneda, por un lado, su protección y por otro la generación de enfermedades. Siguiendo esta línea de pensamiento, es dable considerar que el 85% de los residuos hospitalarios son en realidad residuos domiciliarios, lo que hace que las estrategias de separación en origen sean esenciales como prevención y como medio de evitar la contaminación generada por los hospitales. Por otro lado, el 15% restante se clasifica como material peligroso, que incluye residuos farmacéuticos, residuos patológicos, desechos provenientes de cultivos de laboratorio, restos de sangre y fluidos, residuos orgánicos, objetos cortantes y punzantes, materiales desechables y quimioterápicos⁽³¹⁾.

Los desechos médicos peligrosos pueden provocar graves problemas de salud, como efectos mutagénicos y cancerígenos, lesiones respiratorias, complicaciones en el sistema nervioso central y daños en el sistema reproductivo⁽³²⁾.

Los residuos sanitarios se dividen así, en dos categorías amplias: desechos generales o domiciliarios y desechos peligrosos. Esta clasificación se realiza en función del nivel de peligrosidad de los residuos.

Los residuos comunes, que se consideran asimilables a domiciliarios, son aquellos que no representan un riesgo adicional para la salud humana ni para el medio ambiente, y que no requieren un manejo especial⁽³³⁾. Estos residuos tienen un potencial de contaminación similar al de los desechos domésticos y no implican riesgos de lesión o infección debido a las condiciones en las que se generan⁽³⁴⁾.

Los residuos peligrosos incluyen materiales infecciosos, objetos punzocortantes, productos farmacéuticos, sustancias químicas peligrosas, materiales con alto contenido de metales pesados, así como material genotóxico y radioactivo. Dentro de las categorías de residuos peligrosos, encontramos: residuos infecciosos y biopatogénicos (como muestras biológicas, apósitos contaminados y materiales utilizados en procedimientos médicos); residuos cortopunzantes infectados (que incluyen agujas, jeringas y escalpelos); residuos químicos y farmacéuticos (abarcando productos

(31) OMS, Desechos de la atención de salud, 2024, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/health-care-waste>. Disponible 25/10/2024.

(32) HAYLEYESUS, S. F. y WONDEMAGEGN C., "Generación y gestión de residuos sanitarios en instalaciones sanitarias públicas en Adama", Etiopía, Revista de Salud y Contaminación, 2016, Volumen 6, Número 10, ps. 64-73. <https://doi.org/10.5696/2156-9614-6-10.64>.

(33) *Ibidem*.

(34) *Ibidem*.

farmacéuticos vencidos o no utilizados, productos de limpieza y reactivos de laboratorio); y residuos radioactivos (son aquellos utilizados en tratamientos y diagnósticos)⁽³⁵⁾.

En cuanto a la normativa legal, es importante destacar que Argentina cuenta con un amplio marco normativo. La Ley de Residuos Peligrosos N.º 24.051 y su decreto reglamentario N.º 831/93 establecen directrices fundamentales para la gestión de estos residuos. De las 24 provincias argentinas, 15 han adoptado la ley nacional, mientras que 9 provincias han desarrollado su propia normativa provincial sobre residuos peligrosos⁽³⁶⁾.

La falta de conciencia sobre los riesgos que los desechos sanitarios representan para la salud, la inadecuada capacitación en su gestión, la ausencia de sistemas de manejo y evacuación de residuos, la escasez de recursos humanos y económicos, y la baja prioridad asignada a este tema son algunos de los problemas más comunes relacionados con los desechos sanitarios. Además, muchos países no cuentan con una regulación adecuada en esta área, y aquellos que sí la tienen a menudo no la implementan efectivamente⁽³⁷⁾.

En este sentido se ha observado la experiencia del Hospital Universitario Austral, en donde se trabaja para transformar el sector del cuidado de la salud y reducir la huella ambiental. ¿Cómo lo hace? Específicamente, con relación a la gestión de residuos lo que se busca es su reducción y también trata de disponer de manera segura los mismos. A fin de poder lograr este objetivo se decidió trabajar en los procesos y en las contrataciones, en Residuos peligrosos y en Residuos domiciliarios. Por ejemplo, respecto a los residuos peligrosos producidos en el laboratorio, se partió de una reconfiguración de los procesos, que tenían inicialmente un alto nivel de fragmentación. En términos de equipamiento, el hospital poseía cinco equipos de laboratorio que trabajaba individualmente con su personal, su muestra y su equipo. Ese proceso se reconfiguró, esto requirió un cambio de tecnología para aumentar la capacidad y productividad; lo cual generó que, en lugar de ir en tubos separados a cada área, se unificara en una sola. Ello tuvo como consecuencia que, en vez de utilizar un promedio de cinco tubos por pa-

(35) Organización Mundial de la Salud (OMS), “Desechos de las actividades de atención sanitaria”, 2018, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/health-care-waste> Disponible: 21/09/24.

(36) DE TITTO, E., MONTECCHIA, M., BRUNSTEIN, L., y CHESINI, F. (2016). “Normativas para la gestión de residuos biopatógenicos en Argentina”, *Revista Argentina de Salud Pública*, 2016, ps. 7-14. <https://rasp.msal.gov.ar/index.php/rasp/article/view/212>.

(37) Organización Mundial de la Salud (OMS), “Más de 40 millones de profesionales de la salud exigen en la COP28 que se actúe de forma valiente en el ámbito de la salud y la lucha contra el cambio climático”, 2023, <https://www.who.int/es/news/item/02-12-2023-over-40-million-health-professionals-demand-bold-health-and-climate-action-at-cop28> Disponible: 21/09/24.

ciente, se haya pasado a usar un máximo de tres tubos por paciente, con un promedio general de dos, de acuerdo con la solicitud médica. En cuanto al descarte, se ahorran aproximadamente 100.000 tubos anuales. El ahorro sucede a nivel económico (porque se requieren menos tubos), pero también a nivel de descarte, ya que se evitan 900 kg de residuos infecciosos al año⁽³⁸⁾.

Otra contratación que tuvo como eje, implementar una política de alergia al latex, fue la compra de guantes de nitrilo. Se trabajó con los proveedores de guantes de nitrilo y se logró nivelar los precios para hacer el reemplazo del látex, y ello se consiguió a través de una negociación donde la comunicación de las necesidades y el porqué de las elecciones, les ayudó a ofrecer productos que se ajustan mejor a los requerimientos del hospital. Esta medida supuso el recambio en toda la institución a excepción de quirófanos, donde aún coexisten guantes de látex, de nitrilo y de neoprene. En relación con los residuos domiciliarios, teniendo una política de Reciclado, se implementó un convenio con la cooperativa de recicladores del lugar, en virtud del cual, dicha cooperativa recibe gratuitamente todos los residuos reciclables de papel cartón, con el objetivo de que no permanezcan cartones dentro de la institución por cuestiones infectológicas o de la carga de fuego⁽³⁹⁾.

III. PRINCIPIO *IN DUBIO PRO NATURA*

III.1. Características de los principios generales del derecho ambiental

En este marco, se puede observar que la problemática ambiental se encuentra íntimamente vinculada con la protección de la vida humana, y por tanto de los derechos fundamentales de la persona.

Los principios generales del derecho ambiental arrojan enunciaciones normativas propias, resultando dichos principios los cimientos que conforman la estructura del derecho ambiental⁽⁴⁰⁾. Los mismos consisten en normas consuetudinarias, generadas como construcciones normativas en el derecho internacional ambiental. Se trata de principios que actúan como pilares sobre los que se construye la legalidad, la propia identidad y especificidad. Los principios generales del derecho ambiental llevan ínsito, com-

(38) TORRES CERINO, V., "Contrataciones para una salud sin daño, Hospital Universitario Austral", Entrevista realizada el 11 de marzo de 2024.

(39) Idem.

(40) PIGRETTI, E., "Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones de derecho ambiental", *La Responsabilidad por Daño Ambiental*, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986, p.21.

portamientos concretos que los miembros de la sociedad deben respetar y cumplir, ya sea a nivel, local, nacional e internacional⁽⁴¹⁾.

Es importante recordar que el derecho ambiental abarca el conjunto de normas que regulan las relaciones de derecho público y privado, con el objetivo de disciplinar las conductas en relación con el uso racional y la conservación del medio ambiente. Estas normas buscan prevenir daños al entorno y mantener el equilibrio natural, lo que contribuye a mejorar la calidad de vida. Así, el derecho ambiental está intrínsecamente vinculado al derecho a la vida y a la salud⁽⁴²⁾.

III.2. Características del principio *in dubio pro natura*

Parte de la doctrina y la jurisprudencia, especialmente por su adopción por tribunales latinoamericanos, destacan el principio *in dubio pro natura*. Este principio establece que, en situaciones de duda, ambigüedad o incertidumbre por parte de la autoridad administrativa o judicial sobre la interpretación de normas, principios o derechos fundamentales, e incluso en el reconocimiento de un derecho sin una regla explícita, la decisión que se debe adoptar debe ser la que ofrezca mayor protección o conservación del medio ambiente⁽⁴³⁾.

La Dra. Silvia Capelli, refiere que este principio fue incluido en versiones preliminares del texto de las negociaciones que resultaron en el Acuerdo de Escazú⁽⁴⁴⁾, pero que al final no ha quedado incluido, debido a que la mayoría de los intervinientes lo creyeron innecesario, entendiéndolo incorporado en otros principios, como el de precaución, prevención, de no regresión, y el principio *pro homine*⁽⁴⁵⁾.

Siguiendo esta línea de ideas, la doctrina y la jurisprudencia se encuentra dividida; un sector asimila el principio *in dubio pro natura*, al principio

(41) JUSTE RUIZ, J., "Derecho internacional del Medio ambiente", McGraw-Hill, 1999, p. 63.

(42) CAFFERATA, N., "Introducción al derecho ambiental", SEMARNAT, INE y PNUMA, Primera edición 2004, ps. 17-29. La Ley General del Ambiente 25.675, de presupuestos mínimos de protección ambiental, contiene los principios de la política ambiental. Esta fue sancionada el 06/11/2002.

(43) OLIVARES, A. y LUCERO, J., Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente, Ius et Praxis vol. 24 nro. 3 Talca dic. 2018, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300619>. Disponible 19/09/2024.

(44) Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu> Disponible: 21/09/24.

(45) CAPELLI, S., "Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias", Revista Antología Judicial Ambiental 2017 - 2020, 2020, ps. 247-248, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/antologia-judicial-ambiental-2017-2020> Disponible: 21/09/24.

precautorio; en el entendimiento que, ante los graves riesgos ambientales que pueden producir un daño ambiental que no está cuantificado, pero de ser tal, su magnitud afectaría de forma significativa e irreversible la vida humana y los ecosistemas, y existiendo una duda científica razonable, el Estado se ve obligado a adoptar medidas o a prohibir la actividad que crea el riesgo⁽⁴⁶⁾. Este sector de la doctrina afirma que la protección de nuestros recursos naturales exige una actitud que anticipe, si la degradación y el deterioro deben ser minimizados, siendo así necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, así como el principio de no regresión, el principio *pro homine*⁽⁴⁷⁾.

Un ejemplo de ello es el fallo de octubre de 1995 de la Sala Constitucional de Costa Rica, donde refiere al principio *in dubio pro natura*, asimilándolo al principio precautorio, tal como lo señala el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁽⁴⁸⁾.

Otro sector de la doctrina lo asimila como principio hermenéutico, es decir, como herramienta de interpretación ante la existencia de duda entre dos normas jurídicas igualmente aplicables a una situación jurídica, debiendo privilegiar la más favorable para el medio ambiente⁽⁴⁹⁾.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia de 26 diciembre 1989 en donde el tribunal sostiene que “[e]n todo caso, es lo cierto que cualquier interpretación que se haga de las normas aplicables han de partir del mandato constitucional de protección de la naturaleza, por lo que en caso de duda han de inclinarse por negar la autorización para cualquier actividad que pueda dañar o menoscabar el deseable equilibrio natural”⁽⁵⁰⁾.

(46) CAPELLI, S., “Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias”, Revista Antología Judicial Ambiental 2017 – 2020, 2020, ps. 247-248, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/antologia-judicial-ambiental-2017-2020> Disponible: 21/09/24.

(47) *Ibidem*.

(48) Costa Rica. Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Resolución No. 05893-1995, expediente: 91-000201-0007-CO, Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda (ponente), 27 de octubre de 1995. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81791> Disponible en: 21/09/24. (Considerando II - Cuestiones preliminares) “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

(49) CAPELLI, S., “Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias”, Revista Antología Judicial Ambiental 2017-2020, 2020, ps.138-139, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/antologia-judicial-ambiental-2017-2020> Disponible: 21/09/24.

(50) Sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia de 26 diciembre 1989.

En lo que refiere a la Corte Argentina, se ha expedido solamente en cuatro fallos: en la causa Majul c/ Municipio de Pueblo General Belgrano⁽⁵¹⁾, de julio de 2019; en Saavedra c/ Administración Nacional de Parques Nacionales⁽⁵²⁾, en febrero de 2021. Luego lo vuelve a repetir en marzo de 2023, en la causa Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos c/ Provincia de Jujuy⁽⁵³⁾, y finalmente, el 20 de febrero de 2024, en la causa Mercau c/ Municipalidad de Merlo, lo vuelve a puntualizar al sostener que “los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que, en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales”⁽⁵⁴⁾.

Finalmente, otro sector de la doctrina sostiene, que es un principio autónomo⁽⁵⁵⁾, al afirmar que resulta ser un principio sustantivo, como principio del buen proceder ambiental, pues su manto pretende alcanzar la maximización de un ambiente sano. En este sentido, la Sala Constitucional de Costa Rica de febrero de 2024, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 16 de febrero de 2024, en recurso de amparo interpuesto por Marco Vinicio Levi Virgo c/ el Sistema Nac. de áreas de conservación, el Instituto Nacional de vivienda y urbanismo y la Municipalidad de Talamanca. El tribunal sostiene que el principio *in dubio pro natura*, entonces, se diferencia del principio precautorio, e implica una “regla general de comportamiento, para la relación del Estado con el medio ambiente, cuando exista un riesgo de afectación al medio ambiente, y a fin de evitar conductas que puedan causar daño al medio ambiente, cuando existan otras opciones”⁽⁵⁶⁾.

(51) CSJN 714/2016/RH1, Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo, 11/07/2019, <https://www.cij.gov.ar/nota-35126-Protecci-n-de-los-humedales-en-un-fallo-de-la-Corte.html>.

(52) CSJN: FSA 18805/2014/CS1, Saavedra Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales - Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental, 25/02/2021.

(53) CSJN 2637/2019 ORIGINARIO, Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos c/ Provincia de Jujuy, Amparo ambiental, 28/03/2023.

(54) CSJN 3157/2015/RH1, Mercau, María del Rosario y otro c/ Municipalidad de Merlo s/ acción contencioso-administrativa, 20/02/2024.

(55) CAPELLI, S., “Ensayos de opinión invitados sobre los temas, criterios o efectos de las sentencias”, Revista Antología Judicial Ambiental 2017 - 2020, 2020, ps 141-143, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/antologia-judicial-ambiental-2017-2020> Disponible: 21/09/24. La profesora Capelli afirma que toda vez que se constituye como un mandato de aplicación más allá de la existencia de una duda (devenida de la precaución) o una certeza frente a un eventual daño (proveniente de la prevención), o de una interpretación ante conflicto o ausencia de normas.

(56) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Exp: 23-014549-0007-CO Res. N.º 2024003959, Marco Vinicio Levi Virgo, c/ el Sistema Nacional de Áreas De Conservación, El Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y la Municipalidad de Talamanca, 16/02/24.

IV. CONCLUSIÓN

Hay una necesidad, que no acepta dilación, de garantizar el derecho a vivir con dignidad y en las condiciones que, por ser persona, exige todo ser humano; implica que debe existir un engranaje e integración entre el medio ambiente y la salud de las personas⁽⁵⁷⁾.

Dos aspectos especialmente relevantes, el goce a un ambiente sano es un derecho y un deber. Es un derecho al goce de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo de las personas: es un deber que exige a las autoridades proveer a su protección y a la utilización racional de los recursos naturales a fin de que satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras⁽⁵⁸⁾. Si bien merece especial relevancia, tener una mirada realista y reconocer que este cambio no será fácil ni inmediato, sin duda vale la pena abordar este camino, que será beneficioso para todos los actores involucrados.

Surge así, la necesidad de darle a la salud ambiental, un enfoque o un punto de vista del Derecho Administrativo Global, dado el protagonismo de Organizaciones Internacionales que generan o tiene impacto en las regulaciones locales y que son transversales a instituciones como los contratos administrativos, la responsabilidad del estado, en definitiva, a la gestión pública en general.

La realidad imperante exige dar respuestas, que no aceptan dilación, y requieren la necesidad de garantizar el derecho al goce de un ambiente sano, exhortando al Estado a cumplir con su obligación de garante del bien común⁽⁵⁹⁾.

(57) CAFFERATA, N., "Derecho a la salud y derecho ambiental", Revista La Ley, 2006, LLC2006, 409 - Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales Tomo II, 537. TR LALEY AR/DOC/435/2006.

(58) *Ibidem*.

(59) MILLAN PUELLES, A., "Persona humana y justicia social", Madrid, Ed. Rialp, 1973, p. 156.

CÓMO IMPACTAN LAS TIC'S EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS: LA RAZÓN DE SER DEL GOVTECH (*)

Claudia Deni (**)

I. PLANTEO

El objetivo de este trabajo consiste en formular algunas reflexiones relacionadas con la satisfacción de las necesidades públicas del ciudadano vinculadas con la aparición de las TIC's⁽¹⁾ en cuyo contexto, el Estado debe cumplir un rol relevante.

Las necesidades de los seres humanos experimentan transformaciones a través del tiempo y de las culturas y en ello, los medios utilizados para la satisfacción también cambian.

En concreto el hombre está en búsqueda de lograr una vida mejor, en la sociedad y en el Estado en los que vive.

En paralelo, las compras públicas innovadoras (CPI)⁽²⁾ son un mecanismo por el cual el Estado hace una contratación de un producto o servicio

(*) Claudia Deni, "GovTech, las contrataciones y compras públicas: el futuro está entre nosotros" en Revista Iberoamericana de derecho Administrativo y regulación Económica, Número 30-Julio 2023-cita: IJ-IV-DLI-333.

(**) Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Subdirectora del Instituto de la Regulación del Colegio Público de Abogados de la capital Federal. Especialista en Contratos Administrativos de la Escuela de Abogados del Estado (ECAE) de la Procuración del Tesoro de la Nación. Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Cuestiones Procesales en la Práctica del Derecho Procesal Ambiental de UCES. Diplomada en Régimen Jurídico de los Contratos de Participación Pública Privada y Cooperación Internacional año 2018 y Diplomada en Administración pública 4.0 Hacia una Administración pública Inteligente de Procuración General de CABA 2019. Miembro del Staff del Observatorio de Compras Públicas de la Universidad Austral desde 2019 y Coordinadora de la Sección Contrataciones Públicas de Innovación en dicho Observatorio. disertante en congresos nacionales e internacionales y es autora de publicaciones sobre la temática. Docente en UBA, Universidad Austral, Universidad Notarial Argentina, Universidad del Este, Inap y Oficina Nacional de Contrataciones de la Jefatura de Gabinete de la Nación y Universidad Nacional de San Martín.

(1) Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC's)

(2) Compras Públicas Innovadoras (CPI)

con características específicas que no existe en el mercado y que requiere desarrollar actividades de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i).

La Innovación en Compras Públicas (CP) nos enfrenta a retos que los operadores del derecho debemos abordar, pues el derecho debe estar, en constante cambio y adaptación en relación al interés público.

II. GOVTECH Y ECOSISTEMA: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. START UPS, LAS SCALE UP Y PYMES DIGITALES

II.1. GovTech

Asimismo, junto a las CPI apareció otro concepto, que es el GovTech⁽³⁾.

GovTech proviene de la vinculación de dos (2) palabras inglesas: *Government and Technology* y de dicha combinación surge GovTech.

El GovTech implica la utilización de tecnologías de Analítica de Datos, la Inteligencia Artificial, las *Smart Cities*, la Computación en la Nube, el Internet de las Cosas, el *Blockchain* y otras, para las operaciones de gobiernos en relación al ámbito privado.

¿Qué es el GovTech? El GovTech es diseño, creación, implementación y gestión de nuevas tecnologías para optimizar procesos y facilitar temas burocráticos de la ciudadanía, como también facilitar las acciones de los funcionarios municipales, provinciales o nacionales.

En definitiva, está dirigida a mejorar los servicios y el beneficiario es el ciudadano.

II.2. ¿Qué es un ecosistema?

Así como en la naturaleza somos parte de un ecosistema que nos conecta unos con otros, también existen ecosistemas y entornos en el mundo digital.

¿Y quienes están en ese ecosistema?: los gobiernos, *start ups*, las *scale up* y PyMEs digitales, los investigadores, con soluciones para las instituciones públicas.

Ahora bien, y es importante tener en cuenta que, a partir de la llegada de las nuevas tecnologías, comenzó un cambio de paradigma en la creación y desarrollo de negocios, el cual ya no cabía la acotada división “pequeña/ gran empresa”.

(3) CLAUDIA DENI, “GOVTECH, LAS CONTRATACIONES Y COMPRAS PÚBLICAS: EL FUTURO ESTÁ ENTRE NOSOTROS” en Revista Iberoamericana de derecho Administrativo y regulación Económica, Número 30-Julio 2023-cita: IJ-Iv-DLI-333.

En este contexto tenemos que referirnos a varios actores que se conjugan en un mismo ecosistema, esto es: las Administraciones Públicas (nacionales, provinciales y municipales); las organizaciones económicas clasificadas por su etapa de desarrollo, y los investigadores e instituciones académicas.

II.3. Los nuevos actores

Aparecen en escena los *startups*, *scale ups*, las PyMEs digitales y el Estado tiene un rol destacado en la generación de estas empresas, al generar capacidades y capacitaciones en lo que respecta a disciplinas científicas en el Conicet⁽⁴⁾ o en Universidades Públicas o a través de agencias como ser la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación⁽⁵⁾.

Hay nuevos términos para mencionar a las organizaciones en cuanto unidades económicas que tiene como fin el ejercicio habitual de una actividad económica con fines de lucro, ya no las llamamos MiPyMEs, sino que ahora según su etapa de desarrollo son *startups*, *scale ups* y PyMEs digitales.

¿Cuáles son, entonces, las principales características y diferencias de cada una?

1. *Start Ups*: Una *start up* es una empresa de reciente creación, que se basa en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para comercializar sus productos o servicios. Presenta un modelo de negocio escalable y su prioridad es crecer de manera ágil y rápida⁽⁶⁾.

Las *start up* tienen como objetivo la comercialización de productos y/o servicios mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación con alto potencial de crecimiento, pocos recursos y equipos de jóvenes.

Están en búsqueda de soluciones disruptivas entendidas estas como que alteran significativamente las industrias y mercados establecidos, creando nuevos sectores y modelos de negocio. Una innovación que cambia radicalmente la forma en que se estructura el mercado y cómo se consumen los productos y servicios.⁽⁷⁾

Entre las principales cualidades que caracterizan a una *start up* y la diferencian con una PyMe, podemos destacar⁽⁸⁾:

(4) Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(5) <https://www.argentina.gob.ar/ciencia/agencia/que-hacemos>.

(6) <https://www.repsol.com/es/energia-futuro/personas/que-es-una-startup/index.cshtml#:~:text=Una%20startup%20es%20una%20empresa,de%20manera%20%20%C3%A1gil%20y%20r%C3%A1pida>.

(7) Idem.

(8) <https://www.santander.com/es/stories/que-es-una-startup>.

- Juventud: son organizaciones emergentes y, por tanto, no cuentan con un recorrido y un posicionamiento previo; una jovialidad que no tiene por qué definir a una PyMe.

- Innovación: aunque las PyMEs puedan contar con tecnologías de última generación, no basan —a diferencia de las *start ups*— su modelo de negocio en la innovación. En el caso de las empresas emergentes, principalmente esta va asociada a la tecnología, la cual constituye una ventaja competitiva.

- Alcance: suelen tener un enfoque más amplio, generalmente geográfico, incluso global; mientras que las pymes tradicionalmente orientan su negocio al mercado local y/o nacional.

- Escalabilidad: son negocios que buscan aumentar su magnitud e ingresos en periodos de tiempo cortos, sin que esto conlleve un aumento de sus gastos. Las pymes, por su lado, cuentan con visiones más tradicionales y están en el mercado con el fin de alcanzar una trayectoria más lineal. En consecuencia, estas últimas suelen contar con mayores tasas de supervivencia.

- Costes reducidos: no requieren un elevado coste de recursos para poner en marcha ni desarrollar su actividad. Esto les permite crecer más rápidamente y aumentar su margen de beneficios. Muchas de ellas incluso prescinden de un espacio oficial para la organización, sobre todo en sus inicios, optando por fórmulas como el *coworking* —oficinas compartidas por distintos profesionales que no tienen por qué guardar una relación profesional entre sí—.

- Financiación: frente a la PyMe, donde el capital externo es reducido o inexistente, los startups priorizan la inversión de terceros. Así surgen figuras como los *business angels*, personas físicas que buscan destinar parte de sus fondos a estas organizaciones de reciente creación, así como implicarse en la gestión empresarial —algo que la diferencia de los inversores tradicionales— con el objetivo de contar con una participación en el negocio.

Ejemplos: SpaceX, Stripe Instacart, Revolut, Telegram y Chime. Idealista, Cabify, Glovo, eDreams o Devo, Jobandtalent, Airbnb, globo y Pinterest.

En Argentina, entre otras esta “Limay Biosciences” *start up*, fundada por científicos del Conicet y de la UBA, que está probando una tecnología que permite obtener un diagnóstico molecular complejo.

También pueden mencionarse⁽⁹⁾: Ualá (servicios financieros); Pome-lo (fintech), Flybondi (aeronáutica y aviación); Rocking Data (servicios y

(9) ¿Cuáles son las 10 startups más atractivas de Argentina, según LinkedIn? <https://tekiosmag.com/2022/10/05/cuales-son-las-10-startups-mas-prometedoras-de-argentina-segun-linkedin/>.

consultoría TI); Xubio (desarrollo de *software*); Karvi (servicio automotriz); Henry (proveedores de *e-learning*) Mudafy (sector inmobiliario) y clicOH (transporte, logística).

2. *Scale Ups*: Por otra parte, las *scale up* son empresas que ya han logrado reunir un capital importante (al menos un millón de dólares); ya no se trata de empresas que están comenzando y no necesitan un impulso para despegar del todo o acelerar su presencia en un determinado mercado⁽¹⁰⁾.

Una *scale up* es una *start up* que ya ha avanzado en la ejecución de su modelo de negocio y ha logrado consolidar su crecimiento, tanto en ingresos como en empleados.

Según el *Scale up Institute*⁽¹¹⁾ el paso de *start up* a *scale up* se da cuando la organización creció de forma sostenida durante los tres (3) últimos ejercicios a un ritmo superior al veinte *per-cent* (20%) anual en número de empleados (teniendo diez (10) como mínimo) y/o en facturación.

Se podría decir, entonces, que una *scale up* es una “*ex start up*” que superó la fase de riesgo provocando un alto impacto en el mercado y con un potencial de crecimiento local e internacional relevante⁽¹²⁾.

Se caracterizan por ser empresas que están en proceso de crecimiento y que han superado su primera etapa de negocios como startups; deben tener un crecimiento anual del 20% sostenido, durante un periodo de tres o más años; tienen como meta elevar sus valores, índices y ganancias mediante la adquisición de clientes, el aumento de ventas o el perfeccionamiento de sus ofertas; su objetivo es mantener a la empresa como una opción competitiva y atraer a un volumen de compradores más grande y Su existencia termina cuando la empresa se consolida en el mercado y tiene una buena estabilidad económica.

Ejemplos de *scale ups* son: Accessin (Argentina); Chazki (Perú) Coally (Colombia); Cowork Chile y Cobee (España).

3. *PyMEs digitales*: micro, pequeñas y medianas empresas (PyMEs) tal como las conocemos hasta hoy, son aquellas que revitalizan las economías de los países y contribuyen eficazmente a generar empleos, amén de ser uno de los principales motores de cambio hacia un tejido empresarial más digitalizado.

(10) [https://www.bbva.com/es/que-son-las-scaleup\(ske? ? up\)s-y-en-que-se-diferencia-n-de-las-startups/](https://www.bbva.com/es/que-son-las-scaleup-s-y-en-que-se-diferencia-n-de-las-startups/).

(11) Scale Up Institute es una empresa privada sin fines de lucro del Reino Unido y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

(12) <https://blog.eklos.com.ar/principales-diferencias-entre-las-empresas-startups-y-scaleups-391f31c5de6a>.

Para digitalizar una PyME será necesario tener en cuenta una estrategia, una organización tecnológica y ciberseguridad.

Pero estas PyMEs se transforman digitalmente, se reinventan por que aceptan cambios organizacionales adoptando nuevas tecnologías, se esta manera se diferencias de otras PyMEs.

Este panorama es común a todos los Estados, ya que estos elaborados programas de subvención, de capacitación y asistencia técnica para lograr esa renovación digital sobre la base de ser motores del cambio hacia el logro la incorporación de las tecnologías 4.0.

4. *Investigadores e instituciones académicas*: los investigadores y las instituciones académicas tienen un papel destacado en el escenario de la innovación ya que producen nuevos conocimientos y promueven las transformaciones de esos conocimientos en beneficio de la sociedad.

Es dable destacar que, se necesitan incentivos de mercado brindados por las *start ups*, *scale ups*, PyMEs digitales y de los centros de investigación y del Estado ya asea nacional, provincial y municipal.

5. *Las Administraciones Públicas*: En este ecosistema GovTech y tal como venimos planteando, están presentes las administraciones públicas.

No está de más, recordar que existen principios de la organización administrativa del Estado como ser: jerarquía, competencia, centralización y descentralización, concentración y desconcentración⁽¹³⁾ pero adentrándonos en lo que aquí interesa, diremos que “[l]a Argentina es un país federal que garantiza, por la Constitución Nacional, la autonomía de los municipios. Esta situación implica la existencia de tres ámbitos de Administración pública, con potestades y funciones exclusivas, concurrentes y complementarias para cada uno de ellos: la Administración Pública Nacional (APN) —también conocida como administración central o federal— la Administración Pública Provincial (APP) —asimismo nominada como estadual o regional— y la Administración Pública Municipal (APM), igualmente citada como local”⁽¹⁴⁾ y el GovTech puede hacer más eficientes a los tres (3) ámbitos mencionados.

Así es que “[l]a transformación digital en la Administración pública ha sido un proceso lento, pero que se ha impulsado en los últimos años gracias a la innovación de las empresas dentro de un ecosistema GovTech y a una

(13) Para ampliar sobre jerarquía, competencia, centralización y descentralización, concentración y desconcentración. ver: Ivanega, Mirian Los Principios de la Organización Administrativa, file:///C:/Users/cdeni/Downloads/5615-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5845-1-10-20110601.pdf

(14) Cao, Horacio, La Administración pública argentina: nación, provincias y municipios 1 Horacio Cao, file:///C:/Users/cdeni/Downloads/40-la-administracion%20Horacio%20Cao.pdf.

mayor necesidad por parte de los gobiernos. Si bien esto requiere de una inversión inicial por parte de las administraciones públicas, los servicios públicos cada vez son más conscientes de los beneficios a largo plazo. En cualquier caso, las empresas GovTech y *startups* ofrecen soluciones escalables y *pay-per-use* fácilmente integrables que los gobiernos pueden utilizar a un coste realmente optimizado. Así es como, en un contexto cada vez más digitalizado, los gobiernos intentan dar respuesta a problemáticas sociales y ciudadanas de manera eficiente aprovechando todas las oportunidades y los beneficios que las nuevas tecnologías ofrecen con distintos objetivos”⁽¹⁵⁾.

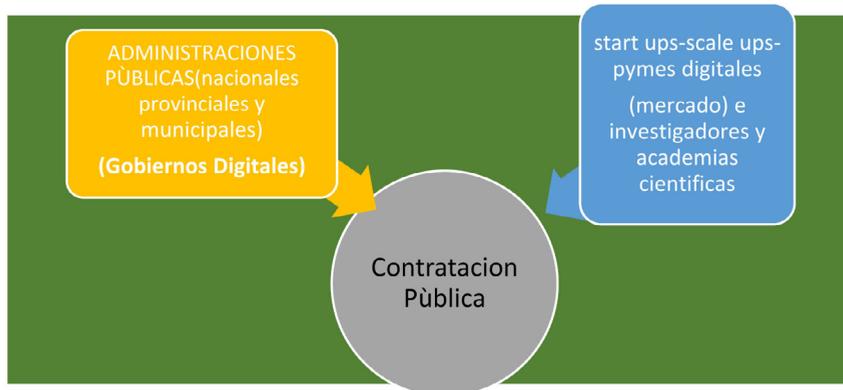
A través del financiamiento estatal se apoya al GovTech para generar capacidad técnica y metodología a nivel nacional, provincial y municipal y hacer viable esa participación pública-privada.

Así a Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación de la Jefatura de Gabinete de la Nación tiene como cometido la financiación de proyectos de I+D+i vinculados con el sistema de ciencia y tecnología creando capacidades para promover la investigación en beneficio de los investigadores, becarios e instituciones del sistema de ciencia y tecnología.

III. ECOSISTEMA DEL GOVTECH

El siguiente gráfico, nos ilustra el ecosistema al que queremos llegar:

Ecosistema GovTech



En el gráfico se ilustra como a través del GovTech se logra el acercamiento entre las Administraciones Publicas, las organizaciones económicas y los investigadores para lograr la implementación de la innovación a través de las Compras y Contrataciones públicas utilizadas como herramientas.

(15) GovTech: Qué es y cómo está impactando en los gobiernos y la ciudadanía. <https://www.tecalis.com/es/blog/govtech-gobiernos-tecnologia-startups-empresas>.

III.1. Pero ¿qué es GovTech?

Es el ecosistema donde los gobiernos colaboran con *start up* y *scale up* y pymes digitales que utilizan inteligencia de datos, tecnologías digitales y metodologías innovadoras para proveer productos y servicios que resuelvan problemáticas públicas⁽¹⁶⁾.

III.2. ¿Que nos está impidiendo lograr participar en el ecosistema?

1. Falta de información.

2. Falta de capacitación.

3. Dejar de hacer lo que siempre se hizo y probar hacerlo de otra manera por miedo al cambio.

4. Buscar soluciones nuevas.

5. Falta de acercamiento de las *start ups*, *scale ups* y PyMEs digitales a las Administraciones.

6. La reticencia a la implementación de las Compras Públicas de Innovación.

7. En muchos casos los procesos y plataformas de compra pública son complejos y tienden a favorecer a las grandes empresas tradicionales que cuentan con una larga historia de experiencias similares ya probadas. Adicionalmente, los gobiernos están acostumbrados a pagar por actividades ejecutadas en vez de remunerar resultados obtenidos⁽¹⁷⁾.

III.3. ¿Y en que podemos aplicar el GovTech para que nuestra vida cambie?

1. Servicios públicos (salud, educación, movilidad).

2. La gestión administrativa (registros, toma de decisiones, agilización de procesos).

3. La infraestructura pública (wifi público, drones o sensores para la conectividad en las calles).

(16) Compra Pública como catalizador de Govtech 2022 <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1872>

(17) <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1645/Govtech%20y%20el%20futuro%20gobierno.pdf> Chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1645/Govtech%20y%20el%20futuro%20gobierno.pdf> pág. 41.

4. La participación política de la ciudadanía (procesos electorales, toma de decisiones de política pública, comunicación con las instituciones, organización social, por ejemplo)⁽¹⁸⁾.

Pero no solo es necesario contar con las nuevas tecnologías, sino que es necesario lograr una mayor difusión, financiamiento, concientización del tema y apertura al cambio y superar estas barreras.

Para tener más detalle de lo dicho diré que el Banco de Desarrollo de América Latina y Oxford Insights (CAF) publicó el primer Índice GovTech de Iberoamérica en 02 de junio de 2020. Este es el primer índice que mide el uso de soluciones digitales en el sector público y el grado de madurez de los emprendimientos innovadores que aportan valor a la gestión de los gobiernos. Así “España, Portugal, Chile, Brasil, México, Uruguay y Colombia encabezan el ranking”.

“El ranking del Índice GovTech 2020 por país lo lidera España con una puntuación de 6,6 sobre 10, seguido de Portugal (6,2), Chile (5,3), Brasil (5,2), México (5,2), Uruguay (5,1) y Colombia (5), Argentina (4,1), Costa Rica (4), Perú (4), Panamá (3,9), República Dominicana (3,7), Bolivia (3,6), Ecuador (3,6), Paraguay (3,4), Venezuela (2,3)”.

IV. COLOFÓN

Conforme hemos expresado la nueva concepción de la visión de las empresas, la irrupción de las TIC's y las CPI en conjunción con el Estado como motor de la economía, son la conjunción perfecta para la aparición en escena del GovTech.

Las transformaciones son producto del dinamismo de nuestra época. Hay que estar abiertos al cambio, sin miedo, sin ataduras y con muchas perspectivas de futuro.

El GovTech implica una nueva visión de las CCP y es un desafío actual de las CP en INNOVACION en el que GovTech está abriéndose camino y colaborando el ámbito privado y el público.

Esta es la nueva realidad y habrá que acelerar su adopción: el desafío esta formulado.

(18) 18 <https://events.iadb.org/calendar/event/23029?lang=es>

LEY BASES: PRINCIPALES Y NECESARIAS REFORMAS EN MATERIA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Manuel Alderete (*)

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de infraestructura pública en Argentina es casi tan apremiante como sus restricciones financieras y su escasez presupuestaria. No hace falta resaltar el efecto multiplicador sobre toda la economía que genera la inversión en infraestructura de calidad, ni repetir su ya probado resultado potenciador para el desarrollo social y económico de un país⁽¹⁾. El dilema al que nos enfrentamos es grave y, en apariencia, irresoluble: no hay fondos para obras públicas y, a la vez, de su realización dependerá gran parte de la reactivación de nuestra lánguida economía y su crecimiento sostenido en el tiempo.

Los desafíos de Argentina son, por otra parte, mucho mayores a los de otros países de la región. Tenemos la hercúlea tarea de generar aunque sea un contexto macroeconómico predecible, construir las bases institucionales sobre las que pueda asentarse la seguridad jurídica esencial para inversiones a largo plazo, y restablecer la confianza gravemente horadada a fuerza de incumplimientos y cambios sorpresivos de criterio según el gobierno de turno. Puede que el derecho no sea lo más importante para este objetivo pero es, sin dudas, imprescindible. No es posible fomentar la inversión sin un marco legal y regulatorio adecuado, que no solo asegure el interés público sino también que proteja el capital y la ganancia de los particulares.

(*) Abogado en el Estudio Saravia Frías. Becario Chevening 2024-2025. Diplomado en Derecho Aduanero y Magister en Derecho Administrativo graduado con honores y con tesis distinguida por la Universidad Austral. Profesor de Derecho Administrativo en grado y posgrado. Jefe de Gabinete de la Procuración del Tesoro de la Nación (2019).

(1) AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas, VV.AA., Organización administrativa, función pública y dominio público". *Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho los días 19, 20 y 21 de mayo de 2004*, RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 365 y ss.

En ese contexto es innegable la importancia de atraer inversiones privadas para coadyuvar al financiamiento de las obras públicas⁽²⁾. Es por esta razón que la “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” N.º 27.742 (“Ley Bases”) recientemente sancionada introdujo importantes modificaciones al régimen de concesiones de obra pública regulado por la ley N.º 17.520 (“Ley de Concesiones”).

La reforma era necesaria por muchas razones. Los potenciales inversores privados precisaban de un régimen que les asegure mayores garantías, a la par que acote las prerrogativas de derecho público y distribuya mejor los riesgos que implica una relación de largo plazo con el contratante público. Los funcionarios, por su parte, debían tener a su disposición un marco jurídico más flexible que les permita diseñar una contratación a la medida de un proyecto y a las necesidades de su financiamiento.

Este trabajo tiene por objetivo comentar algunas de las principales reformas de la Ley de Concesiones⁽³⁾. Para ello, primeramente haré un breve repaso de los sistemas de financiamiento de infraestructura pública vigentes en Argentina.

II. REGÍMENES DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN ARGENTINA

II.1. Introducción. El financiamiento por impuestos o por fondos privados

Ya en 1776 Adam Smith escribió en su obra fundacional de la economía como ciencia que “[n]o parece necesario que el coste de esas obras públicas

(2) Se ha dicho que la creciente utilización de mecanismos que fomenten la participación y la inversión privada en el desarrollo de infraestructura pública se debe, principalmente y entre otros factores, a: (i) no supeditar el avance de la construcción de un proyecto a las limitaciones propias del presupuesto público, permitiendo al Estado destinar su recursos presupuestarios a necesidades urgentes; (ii) desahogar financieramente al Estado, que no deberá destinar fondos públicos sino hasta que la obra se encuentre terminada; y (iii) transferir los principales riesgos y costos de construcción, mantenimiento y operación de una obra pública determinada al sector privado que, generalmente, se encuentra en mejores condiciones para afrontarlos y posee capacidades para introducir innovaciones y avances tecnológicos que aumenten la calidad de la obra o del servicio. Ver en este sentido: Abal, Patricio, “Asociaciones Público-Privadas: tratamiento de sus aspectos esenciales en la legislación comparada de Latinoamérica”, LL, Cita online: AR/DOC/5117/2010.

(3) Sobre este tema ver también el análisis crítico que realizó Pablo PERRINO en su profundo artículo “Reforma al régimen jurídico del contrato administrativo de concesión de obra pública, infraestructura y servicios públicos. Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, LL, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1804/2024; y FLORES, Álvaro Bautista, “Las perspectivas del contrato de concesión de obra pública en la República Argentina”, Thomson Reuters, Revista de Derecho Administrativo N.º 154, julio - agosto 2021, pp. 21-35.

sea sufragado a partir de los denominados ingresos públicos, cuya recaudación y asignación corresponde en la mayor parte de los países al poder ejecutivo. El grueso de esas obras públicas puede ser fácilmente gestionado para que suministren un ingreso específico suficiente para hacer frente a su propio coste, sin hacer recaer carga alguna sobre el ingreso general de la sociedad⁽⁴⁾.

En palabras sencillas el padre de la economía nos explicó que la infraestructura necesaria para el desarrollo de una nación es costosa y que no es posible que sea sufragada totalmente con fondos públicos. Exige, por el contrario, la indispensable colaboración del sector privado que, en busca de rédito, invierte en su construcción y mantenimiento, aliviando a las arcas públicas.

En Argentina los sistemas para sufragar infraestructuras públicas fueron tradicionalmente dos: un sistema de obra pública financiada exclusivamente por fondos del Tesoro de la Nación regulado por la Ley de Obras Públicas N.º 13.064 (“LOP”) y los contratos de concesión de obra pública regulados por la Ley de Concesiones. A esos modelos se sumó en el año 2016 el régimen de Participación Público Privada (“PPP”) o “Contratos PPP” regulados por la ley N.º 27.328⁽⁵⁾.

II.2. El financiamiento por impuestos. La ley N.º 13.064 de obras públicas. Sus desventajas

La LOP adopta una definición de tipo fiscalista. Su artículo 1º prevé que solo se considera “obra pública” a “toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación”.

En un esquema clásico de obra pública es condición esencial que el Estado pague directamente el costo por la construcción del opus, ya sea con los recursos disponibles del erario público o mediante la obtención de préstamos por parte de organismos de crédito⁽⁶⁾.

(4) Smith, Adam, *An inquiry into the Nature and causes of the Wealth of Nations*, Vol. II, Liberty Foundation, p. 723, cit. por AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Contratación administrativa y financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructura pública”, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La Contratación Pública*, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 580 y ss.

(5) Sancionada el 16/11/2016 y promulgada el 30/11/2016.

(6) Sobre el particular se ha dicho que existirá “obra pública” si el Estado, actuando por sí o por delegación, realiza inversión en construcciones que se costea con cargo a las rentas de la Nación (Cfr. DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y Anotada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 4-5. En el mismo sentido ver GORDILLO, Agustín A., “Obra pública y contrato de obra pública”, en AA. VV., *Contratos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1982, t.1, pp. 71 y ss.).

En el modelo tradicional regulado por la LOP, simplificando al extremo, el contratista privado debe cumplir con cada etapa de la construcción de la obra, conforme está previsto en los respectivos pliegos de bases y condiciones y en el contrato, y el Estado debe realizar el pago del monto que surja de la certificación de los acopios de materiales utilizados y la parte de la obra construida. Esto significa que el contratista no financia al Estado más allá de cada etapa o entrega certificada por el comitente⁽⁷⁾ y el riesgo de obtener la financiación necesaria para encarar la construcción de un proyecto determinado lo posee exclusivamente el contratante público.

Este modelo de costeo y pago de infraestructura por impuestos puede presentar, al menos, los siguientes inconvenientes y objeciones⁽⁸⁾:

i. La posibilidad de ejecutar un proyecto, aun cuando se trate de infraestructura sumamente necesaria para el bien común, estará siempre condicionada a las restricciones presupuestarias del momento, pudiendo ocurrir que nunca se habilite una determinada partida presupuestaria⁽⁹⁾, o bien, que la obra termine paralizada por falta de recursos para su continuación.

(7) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "(...) resulta obvio que en los contratos de obras públicas no se puede exigir que un contratista disponga de antemano del capital necesario para afrontar la totalidad del presupuesto. Cuenta ello, como es lógico y natural, con las sumas que va percibiendo durante el curso de los trabajos de acuerdo con las certificaciones pertinentes previstas en el reglamento y pliego de condiciones respectivas (...)" (conf. CSJN, 11/09/9172, "Banco de San Juan c/ Agua y Energía Eléctrica S.A.", Fallos 283:345, considerando 12).

(8) Cfr. AGUILAR VALDEZ, O., "Contratación administrativa y financiamiento. La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructura pública", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La Contratación Pública*, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 580 y ss.

(9) Conforme el art. 4° de la Ley de Obras Públicas "antes de sacar una obra pública a licitación pública o de contratar directamente su realización, se requerirá la aprobación del proyecto y presupuesto respectivo, por los organismos legalmente autorizados, que deberá ser acompañado del pliego de condiciones de la ejecución, así como de las bases del llamado a licitación a que deban ajustarse los proponentes y el adjudicatario, y del proyecto de contrato en caso de contratación directa". El art. 7° de la misma ley precisa que "no podrá llamarse a licitación ni adjudicarse obra alguna, ni efectuarse inversiones que no tengan crédito legal". Sin perjuicio de ello, la CSJN ha precisado en el precedente "Libedinsky" que el acto de convocar a una licitación para la construcción de una obra pública sin crédito disponible no acarrea la nulidad absoluta del procedimiento sino que es un acto pasible de saneamiento sin con posterioridad se obtienen las partidas presupuestarias correspondientes (CSJN, 12/03/1987 "Libedinsky, Jorge SACIF y C c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 310:548; ver comentario del fallo citado en BIANCHI, Alberto B., "El crédito legal previo como requisito presupuesto de una licitación", 12/03/1987, ED 125-270).

ii. Aumenta la deuda pública, ya sea porque el Estado se compromete al pago por la ejecución de una obra que se prologue más allá de un ejercicio financiero o porque requiere de préstamos locales o extranjeros para su realización⁽¹⁰⁾.

iii. El riesgo de la insolvencia estatal es soportado exclusivamente por el contratista y quienes lo financien, lo que redundará en un fuerte aumento del precio de la obra para el Estado (i.e. mayor riesgo igual a mayor precio) y, por ende, en mayores cargas fiscales para los contribuyentes sin que necesariamente se obtenga mejor calidad en la infraestructura.

iv. En general las obras de infraestructura requieren de capital intensivo y se amortizan en un largo periodo de tiempo. Esto provoca que los contribuyentes actuales sean quienes deban soportar las cargas fiscales para costear un proyecto determinado sin distinción de sus posibilidades efectivas de utilizar la infraestructura, lo que genera inequidades intergeneracionales. Además como todos los contribuyentes del país soportan el costo de una infraestructura que generalmente es usada solo por una porción de ellos o por quienes viven más cerca de esas obras, también pueden generarse inequidades interregionales⁽¹¹⁾.

v. Teniendo en cuenta que una infraestructura solo se justifica desde el punto de vista económico, político y jurídico en función de su explotación, la inversión realizada por el Estado de modo integral y previo a que la obra pueda ser utilizada, hace que la Administración pública (y por ende los contribuyentes) asuma totalmente el riesgo de su falta de uso u operatividad.

(10) Recordemos aquí que el art. 57 de la Ley de Administración Financiera N.º 24.156 establece que “el endeudamiento que resulte de operaciones de crédito público se denominará deuda pública y puede originarse en: (...) d) La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de UN (1) ejercicio financiero posterior al vigente; siempre y cuando los conceptos que se financien se hayan devengado anteriormente”.

(11) El principio de equidad aplicado al financiamiento de obras o servicios públicos básicamente exige que sean los beneficiarios directos de la infraestructura quienes participen en su financiación en la medida del beneficio obtenido. Así, la equidad intergeneracional supone que los costos del desarrollo de un proyecto de infraestructura sean soportados por las generaciones a quienes pueda llegar su beneficio. Por su parte, la equidad interregional se logra al destinar recursos presupuestarios a regiones en donde los niveles de renta sean menores, buscando alternativas de inversión extrapresupuestarias para aquellas regiones más desarrolladas y, consecuentemente, más atractivas para inversiones privadas. Ver en este sentido: RUIZ OJEDA, Alberto, “Hacia un nuevo entendimiento y articulación de las relaciones entre los factores implicados en la provisión y gestión de infraestructuras”, en RUIZ OJEDA, Alberto (coord.), *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 47 y ss. Por otro lado, vale destacar que el art. 4º, inc. h) de la Ley de PPP, incluye entre los principios a ser respetados por el ente contratante a la hora de estructurar Proyectos de PPP, el “incentivar la aplicación de mecanismos de solidaridad intergeneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos”.

II.3. El financiamiento privado. La Ley de Concesiones y los Contratos PPP

La búsqueda de superar esas desventajas llevó a considerar la necesidad de regular un sistema diferente de gestión de infraestructura pública en donde sea el privado contratista quien, a su propio riesgo y ventura, asuma el riesgo de obtener el financiamiento para realizar la obra y luego procurar su repago mediante el pago de un canon o tarifa por uso a los usuarios.

Esa fue la lógica detrás de la sanción de la Ley de Concesiones en 1967, luego modificada por la Ley de Reforma del Estado N.º 23.696 en 1989, para permitir que ciertas privatizaciones se realicen siguiendo sus previsiones.

Se prevé en esa ley que el Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo a contratistas privados o entes públicos para la conservación, explotación, reparación, administración, modificación, ampliación, mantenimiento o construcción de una obra nueva o existente, mediante el cobro de tarifas o peajes que compensarán su inversión⁽¹²⁾. Las concesiones podrán ser: (i) onerosas, es decir, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado contratante; (ii) gratuita, es decir, sin que el concesionario deba abonar al Estado a cambio de la concesión; y (iii) subvencionada por el Estado mediante entregas de aportes reintegrables o no⁽¹³⁾.

Como complemento al régimen tradicional de concesión de obra pública, en 2018 se sancionó la Ley de PPP y su decreto reglamentario N.º 118/2017⁽¹⁴⁾. En una especie de huida del derecho administrativo⁽¹⁵⁾, se

(12) Art. 1º.

(13) Art. 2º.

(14) Si bien se trata del primer régimen legal que regula mecanismos de PPP, antes de su sanción ya hubieron algunos intentos previos aunque de escasa aplicación: (i) el decreto de necesidad y urgencia N.º 1299/00, actualmente vigente, estableció el denominado “Régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura”, recurriendo a técnicas estrictamente contractuales o convencionales. Esencialmente, el mencionado régimen buscó regular una alternativa al contrato de concesión de obra pública estando destinado a promover la participación privada en el desarrollo de proyectos de infraestructura que no pudieran ser financiados por los usuarios; y (ii) el decreto N.º 967/2005, ya derogado, diseñó y aprobó el “Régimen Nacional de Asociación Público-Privada”, que siguió el sistema asociativo o institucional para dar lugar a la creación de personas jurídicas de propiedad mixta. Se trató, en rigor de verdad, de un modelo de Asociación Público-Privada que buscó potenciar la naturaleza asociativa de este mecanismo de manera tal que el Estado no sea un contratante de servicios o infraestructura pública sino directamente un socio de la parte privada. Para un análisis de estas normas ver GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, y BENSADÓN, Pascual, “Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada (A propósito del decreto 967/05)”, EDA 2005-638; AZZARRI, Juan Cruz y VEGA OLMOS, Jimena, “Los contratos de participación público-privada. A propósito del nuevo proyecto de ley”, LL 2016-D, 784; CRIVELLI, Julio César, ob. cit., pp. 39 y ss.

(15) RODRÍGUEZ, María José, “La huida del derecho público en los contratos PPP”, en AA. VV., *Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Institu-*

buscó crear una herramienta que dote al Estado de la posibilidad de diseñar un mecanismo de colaboración a medida de las necesidades de cada proyecto. En esencia, el esquema de PPP consiste en una asociación entre los sectores públicos y privados con el objetivo de desarrollar proyectos de infraestructura o coordinar la prestación de un servicio⁽¹⁶⁾. En un sentido amplio, podría afirmarse que comprende cualquier tipo de forma de colaboración entre el Estado y empresas o particulares⁽¹⁷⁾; un punto de encuentro entre los intereses de los sectores público y privado en relación a un proyecto de infraestructura determinado⁽¹⁸⁾, proyecto que, en definitiva, delimitará el contenido de cada Contrato PPP según sus características específicas.

Sin embargo, el régimen de PPP no pudo llevarse a la práctica por diversos factores y los únicos contratos que lograron celebrarse debieron ser prontamente dejados sin efecto⁽¹⁹⁾. La Ley de Concesiones necesitaba a su vez de una reforma que la convierta en un modelo más flexible y le permita consolidarse como un marco jurídico adecuado para el financiamiento de infraestructura y servicios públicos⁽²⁰⁾.

ciones, buena administración y derechos individuales, Revista RAP, pp. 247 y ss. Ver también Mairal, Héctor; Veramendi, Enrique, “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado”, LA LEY, 2018-F, 791; AR/DOC/2624/2018

(16) En el mismo sentido, Lau Alberdi, Jerónimo, “El Régimen de Participación Público-Privada (PPP): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética”, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, N.º 12, febrero-abril de 2017, pp. 199-238.

(17) Harris, Stephen, *Public Private Partnerships: delivering better infrastructure services*, London, Head International Financial Services, Inter-American Development Bank, working paper; Wiss, Marcia A y Maurea Faria, Teresa, *Public Private Partnership in Latin America: Governmental salvation or deception?*, International Bar Association Conference, Auckland, 2004; entre otros.

(18) Cfr. Aguilar Valdez, Oscar, “Contratación administrativa y financiamiento...”, ob. cit., pp. 582 y ss.

(19) Desde la entrada en vigencia de la Ley de PPP hasta finales del año 2023, no pudo concretarse ningún proyecto bajo ese régimen. La únicos seis Contratos PPP que se celebraron en julio de 2018 en el marco del Proyecto Red de Autopistas y Rutas Seguras (Proyecto PPP RARS) para la construcción de rutas y autopistas en la región centro del país, primero tuvieron que ser renegociados y luego rescindidos de común acuerdo con los contratistas. El camino hacia esa rescisión no estuvo exento de controversias y costos hasta que finalmente el Estado Nacional decidió reasumir la operación de las obras dadas en concesión bajo el sistema PPP y hacerse cargo de las obras mediante la Dirección Nacional de Vialidad. Para una cronología de lo sucedido con estos contratos hasta su renegociación ver Alderete, Manuel, “Modificaciones al contrato de participación público-privada. El caso de la Red de Autopistas y Rutas Seguras (RARS)”, La Ley 28/10/2019, cita online: AR/DOC/3365/2019.

(20) Cfr. Perrino, P., “Reforma del régimen...”, op. cit.

III. LOS ESPERADOS CAMBIOS A LA LEY DE CONCESIONES REALIZADOS POR LA LEY BASES. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA

Antes de su reforma, el régimen de concesiones presentaba una serie de inconvenientes que hacían difícil su aplicación o que elevaban innecesariamente los costos de cualquier proyecto.

Se preveía expresamente la aplicación de prerrogativas exorbitantes propias del derecho administrativo a los contratos de concesiones de obras públicas (i. e. potestad de dirección y control, poder sancionatorio, posibilidad de modificar unilateralmente el contrato o *ius variandi*, interpretación unilateral a favor de concedente, inaplicabilidad de la excepción de incumplimiento contractual para suspender las prestaciones a cargo del contratista, y, la más grave de ellas, posibilidad de revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia con una indemnización que excluía el lucro cesante⁽²¹⁾).

Aunque diseñadas para preservar el interés público ínsito en todo contrato administrativo, la poca laxitud en la previsión de esas prerrogativas generaba inconvenientes para atraer inversiones a proyectos de gran envergadura y de largo plazo de ejecución. Este tipo de regulaciones generaba una traslación de riesgos hacia el particular inversor muchas veces injustificada y que encarecían en demasía o, directamente, hacían inviable al proyecto⁽²²⁾.

Si a ello se suma que su ejercicio ha sido en ciertas ocasiones inmoderado por parte de las autoridades públicas⁽²³⁾, creando un clima de gran inseguridad jurídica, el mecanismo tradicional de concesión de obra pública se había convertido en una herramienta poco útil para atraer inversores privados⁽²⁴⁾.

(21) Ver especialmente el art. 12 del decreto N.º 1023/2001.

(22) Cfr. De La Riva, Ignacio, M. *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

(23) Tras la emergencia pública declarada desde principios del año 2002, se verificaron graves incumplimientos por parte del Estado Nacional tanto a sus obligaciones contractuales como internacionales y cambios constantes y abruptos en la normativa que alejaron las inversiones extranjeras, indispensables para la realización de proyectos de infraestructura de cierta envergadura. Bajo estas condiciones, no existió un contexto benévolo para desarrollar esquemas de participación estructurados a largo plazo que requieren de instituciones sólidas y de marcos normativos estables que inspiren una fuerte seguridad jurídica. Cfr. ARAGONE RIVOIR, Ignacio, "Desarrollo de proyectos de participación público-privada: contexto latinoamericano y mejores prácticas internacionales", RDA 2013-87-847

(24) A pesar de ello, algunos autores directamente identifican al Contrato de PPP con el contrato de concesión. En este último sentido ver: CRIVELLI, Julio César, *Inversión privada en el sector público*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

Las modificaciones introducidas por la Ley Bases buscaron subsanar algunas de esas deficiencias creando un esquema más flexible y regulando un régimen de prerrogativas públicas atenuadas. El principal objetivo de la reforma fue fomentar la inversión privada tanto en obras de gran envergadura como en proyectos más moderados, afianzar la colaboración entre el concedente público y el contratista privado, y proteger la ecuación económico-financiera durante toda la vigencia del contrato⁽²⁵⁾.

Las principales reformas a la Ley de Concesiones pueden clasificarse en tres categorías: (i) aquellas que tienen como fin ampliar los alcances del contrato de concesión y equilibrar el ejercicio de prerrogativas públicas con las garantías del privado que asume el riesgo de la inversión; (ii) aquellas vinculadas con el procedimiento de selección del concesionario y el régimen de iniciativa privada; y (iii) aquellas que introducen mecanismos alternativos de solución de controversias entre contratante público y contratista privado.

III.1. Ampliación al objeto del contrato de concesión y atenuación de prerrogativas públicas

La reforma a la Ley de Concesiones busca ampliar las posibilidades de aplicación del contrato de concesión y, a la vez, dar mayor flexibilidad para que pueda adaptarse a las necesidades del proyecto y a las condiciones de su financiamiento. En cuando al objeto del contrato, se buscó aumentar su ámbito de aplicación al incluir una referencia a “infraestructuras públicas y servicios públicos” además de las obras públicas que ya mencionada la redacción original del art. 1º. El contrato de concesión regulado por la Ley de Concesiones puede tener ahora como objeto la construcción, conservación o explotación de obras o infraestructuras públicas y la prestación de servicios públicos mediante el cobro de tarifas, peajes u otras remuneraciones.

Comprendiendo que el contrato de concesión es de largo plazo y, por definición, incompleto⁽²⁶⁾, el legislador incorporó varias disposiciones que

(25) Ver, sin embargo, las vicisitudes que tuvo el trámite legislativo de la Ley de Bases en materia de concesiones, que incluyó una ida y vuelta del texto original hasta concluir con una reforma de la Ley de Concesiones mucho menos ambiciosa que la propuesta inicialmente por el Poder Ejecutivo el 27 de diciembre de 2023. Un resumen sobre el trámite legislativo de la Ley Bases en tema de concesiones puede encontrarse en PERRINO, Pablo, “Reforma al régimen...”, op. cit., especialmente apartado II.

(26) Un “contrato incompleto” es aquel en el que sus elementos económicos (*i.e.*, inversión, contraprestaciones, plazo de duración, etc.) pueden variar ante la ocurrencia de externalidades no previstas por los contratistas al momento de su celebración. La teoría económica de los contratos incompletos sostiene que en la realidad no pueden redactarse contratos en los que se especifique toda posible contingencia, ni preverse soluciones específicas para cada una, lo que genera en los hechos la necesidad de renegotiaciones con altos costos de transacción. Uno de los objetivos de los sistemas jurídicos es ayudar

permiten mantener la ecuación económico-financiera durante toda la ejecución contractual⁽²⁷⁾. La implicancia de mantener este equilibrio inicial hasta el fin del contrato son múltiples: contribuye a disminuir los costos financieros asociados, aumenta el valor del dinero invertido⁽²⁸⁾, preserva la finalidad del contrato y, en definitiva, permite la correcta ejecución y terminación del proyecto, lo que protege el interés público comprometido.

Con este objetivo, se incorporaron en la Ley de Concesiones las siguientes previsiones: (i) la obligación de contemplar en la documentación licitatoria la forma, modalidad y oportunidades de pago así como los procedimientos de revisión del contrato para preservar su ecuación económico-financiera⁽²⁹⁾; (ii) la posibilidad de que la contraprestación del concesionario sea pactada en moneda extranjera; (iii) la inaplicabilidad de normas que permitan el pago en moneda de curso legal o prohíban la indexación o limiten el alcance de la indemnización del contratista en caso de rescisión por oportunidad, mérito y conveniencia⁽³⁰⁾; (iv) la imposibilidad de que los jueces puedan modificar la forma de pago o moneda pactada por las partes⁽³¹⁾; (v) la obligación de la Administración de garantizar el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera tenida en cuenta al momento del perfeccionamiento del contrato de concesión a lo largo de todo el plazo de su vigencia; y (vi) la obligación de mantener incólume esa ecuación en el caso de que el concedente ejerza su prerrogativa de *ius variandi*, debiendo preservar también las condiciones de financiamiento del concesionario.

a completar estos contratos con diversos mecanismos que maximicen los incentivos para proyectar una relación a largo plazo. Sobre esta teoría ver Hart, Oliver - Moore, John, *Incomplete contracts and renegotiation*, Econométrica, 1988; y Gómez Pomar, Fernando - Ganuza, Juan J., "La teoría económica del contrato recibe el Nobel", InDret, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/314415/404529> (última visita: 09/09/2024). Ver también nuestro trabajo: Alderete, Manuel, "Modificaciones al contrato de participación público-privada. El caso de la red de autopistas y rutas seguras (RARS)", La Ley, AR/DOC/3365/2019.

(27) Sobre la importancia del mantenimiento del equilibrio económico-financiero en los contratos administrativos ver Ibarzábal, Milagros, "El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada", EDA, N.º 14.173, 03/05/2017.

(28) Dado que facilita la obtención de financiamiento a tasas más accesibles para la parte privada y reduce el margen que el contratista adiciona a sus costos para afrontar posibles imprevistos, provocando, en definitiva, un impacto positivo en la merma del precio a pagar por la infraestructura. Ver, en este sentido, Fanelli Evans, Guillermo, "La ecuación económico-financiera en las concesiones de obra y servicios públicos", LA LEY, 1996-E, 1043.

(29) Art. 7º, inc. b), de la Ley de Concesiones.

(30) El art. 12 *bis* de la Ley de Concesiones establece que no serán de aplicación directa, supletoria ni analógica los contratos de concesiones las previsiones del decreto N.º 1023/01 y su reglamentación, y los arts. 7º y 10 de la ley N.º 23.928.

(31) Art. 12 *bis* de la Ley de Concesiones.

Se reguló además la posibilidad que las partes renegocien el contrato cuando se genere una distorsión del mencionado equilibrio por causas no imputables a ellas⁽³²⁾. La posibilidad de que el Poder Ejecutivo renegocie este tipo de contratos ha estado marcada por una discusión sobre su competencia que la reforma de la Ley de Concesiones eliminó. Esencialmente, se discutía si era el Poder Ejecutivo podía emprender una renegociación sin autorización del Congreso. Esta cuestión se dio porque en algunas leyes de emergencia (e. g. ley N.º 25.561) es el Congreso el que autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar contratos administrativos fijando las bases de esa renegociación. Sin embargo, es doctrina inveterada de la Procuración del Tesoro de la Nación que el presidente tiene competencias propias tanto para celebrar contratos de concesión como para su renegociación por razones de interés público como consecuencia directa de su condición de titular de la administración general del país (art, 99, inc. 1, de la Constitución Nacional)⁽³³⁾.

La facultad de concretar concesiones de plazo variable incluida en el art. 1º de la Ley de Concesiones también funciona como un mecanismo de preservación de la ecuación económica inicial. Como el repago de las inversiones del concesionario debería ser principalmente realizado por los usuarios, el plazo de la concesión es un elemento esencialmente económico en el contrato y el hecho de que no sea necesariamente un plazo fijo, otorga mayor flexibilidad para que las partes puedan celebrar el contrato en casos en los que no sea posible prever con antelación el volumen de usuarios de la infraestructura⁽³⁴⁾.

Por otro lado, la atenuación de las prerrogativas públicas fue también un cambio necesario para atraer capital privado hacia ciertas infraestructuras. La lógica detrás de estas reformas es clara: es el inversor, y no el Estado, quien asume el riesgo del financiamiento. Por lo tanto, no es necesario un régimen de prerrogativas con la intensidad propia del modelo de obras públicas o de otros contratos administrativos en donde la Administración es la

(32) Art. 7º *bis* de la Ley de Concesiones.

(33) En Dictámenes 305:303 del 30/05/2018, en el que se analizaron ciertos aspectos de la renegociación integral del contrato de concesión de la autopista "Acceso Oeste", la PTN afirmó que "el Poder Ejecutivo Nacional posee competencias propias no sólo para celebrar contratos administrativos sino también para proceder a su renegociación como una consecuencia de su condición de Jefe de la Administración General del país, prevista en el artículo 99, inc. 1, de la Constitución Nacional..." Esa doctrina también está presente en opiniones anteriores. Ver por ejemplo Dictámenes 245:367, 246:64; 254:419; 263:344, entre otros.

(34) De hecho, el art. 2º de la reglamentación prevé que podrá licitarse concesiones de plazo variable cuando no sea posible establecer con el suficiente grado de aproximación el volumen de tránsito o de usuarios de las obras, infraestructuras o del servicio concesionado. El plazo dependerá de la demanda de las obras, infraestructuras o del servicio de que se trate, independientemente de la estimación y estudios de mercado efectuados para la licitación. La sobreestimación o subestimación se traducirán en un menor o mayor plazo de concesión respectivamente.

que compromete inicialmente los fondos para la contratación⁽³⁵⁾. Siguiendo principalmente las pautas de la Ley de PPP, el legislador estableció una morigeración o supresión de algunas prerrogativas y buscó una ampliación de garantías del contratista⁽³⁶⁾.

Excederá el objeto de este trabajo analizar exhaustivamente cada uno de los cambios en materia de prerrogativas. Anotaré simplemente los más relevantes, haciendo alguna consideración mínima al respecto:

- Se eliminó la aplicación a los contratos de concesión de las prerrogativas previstas en el decreto N.º 1023/2001 que no será de aplicación directa, analógica ni supletoria⁽³⁷⁾. De este modo, la Administración solo podrá ejercer aquellas potestades previstas expresamente en la Ley de Concesiones y en la documentación contractual para cada caso concreto⁽³⁸⁾, acudiendo solo supletoriamente a las previsiones de la LOP.

- Se prevé que la documentación licitatoria deberá contemplar los mecanismos de control y las sanciones por incumplimiento, así como sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución⁽³⁹⁾.

- En cuanto al *ius variandi*, su ejercicio está ahora limitado a (i) modificar las modalidades de ejecución a los avances tecnológicos y a las necesidades y exigencias del financiamiento; y (ii) a variaciones unilaterales solo en lo referente a la ejecución del proyecto y en hasta un 20% en más o menos del monto total del contrato, debiendo compensar la alteración, preservar el equilibrio económico-financiero y las condiciones de financiamiento⁽⁴⁰⁾. La compensación se convierte así en un contrapunto a la potestad pública de

(35) Ver sobre el tema Perrino, Pablo, "Prerrogativas de la Administración en los contratos de participación público-privada", RDA, 2018-117, N.º 413.

(36) Con buen tino, Perrino menciona que lo que se persiguió con la reforma en materia de prerrogativas fue impedir y desalentar eventuales conductas oportunistas de la Administración, en particular cuando las inversiones en infraestructura están hundidos. Ver Perrino, P., "Reforma al régimen...", ob. cit.

(37) Art. 12 *bis* de la Ley de Concesiones.

(38) Algunos autores sostienen, sin embargo, que ciertas prerrogativas (e. g. modificación o rescisión) están ínsitas en todo contrato administrativo y que pueden ser ejercidas aún a falta de previsión expresa en aras a la protección del interés público. Ver en este sentido Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, Comadira, Julio Pablo, *Curso de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. II, pp. 889 y ss.

(39) Art. 7º, inc. a), de la Ley de Concesiones.

(40) Art. 7º, incs. c) y d). A su vez, la reglamentación menciona que las compensaciones deberán efectuarse de manera tal que "el valor presente neto de las variaciones sea igual a cero considerando la tasa de descuento aplicable al contrato de concesión, y/o la neutralidad del efecto económico que las variaciones y las correspondientes medidas compensatorias puedan tener en la tasa interna de retorno previstos en la oferta, ello conforme con lo previsto en la oferta y en el contrato de concesión y con las posibilidades y condiciones de financiamiento en oportunidad de disponerse la modificación unilateral del contrato de concesión" (art. 30).

modificación y en una garantía de mantenimiento de la ecuación contractual y de las posibilidades del contratista de obtener financiamiento, condición esencial para poder ejecutar el proyecto.

- Se limitó la facultad de la Administración de suspender la ejecución o extinguir el contrato por razones de ilegitimidad al establecer que ello debe ser solicitado y declarado por el tribunal judicial competente⁽⁴¹⁾.

- En cuanto a la extinción del contrato por razones de interés público, la ley reformada dispone que deberá estar prevista en la documentación contractual y que no será de aplicación ninguna limitación de responsabilidad que priven al contratista de una indemnización integral⁽⁴²⁾. El art. 7° ter incluido por la Ley Bases a la Ley de Concesiones prevé además que la extinción por razones de interés público se regirá únicamente por sus disposiciones y que la decisión de la autoridad concedente que disponga esa rescisión deberán estar adecuadamente fundada. Para ello deberá: (i) contar con informes técnicos objetivos que justifiquen la extinción del contrato; (ii) explicitar las causas en que se funda y las razones que sustentan una evaluación distinta del interés público comprometido en el contrato de concesión; (iii) someter la determinación del alcance de la reparación del concesionario a consideración del panel técnico y/o tribunal arbitral actuante, en los supuestos que el contrato no contemple mecanismos para su determinación; y (iv) establecer el plazo de pago de la indemnización, que deberá ser previa a la ejecución de los actos que materialicen la extinción del contrato o la toma de posesión de la infraestructura por el concedente. Además, la reglamentación establece que solo podrá ser declarada por el Poder Ejecutivo Nacional, debiéndose garantizar el derecho a ser oído del concesionario y previa intervención del Ministerio de Economía para que informe el impacto económico de la medida y la existencia de crédito legal para el pago de la indemnización. Deberá establecerse también la metodología de cálculo de la indemnización en los pliegos de cada licitación para determinar tanto la inversión no amortizada como el lucro cesante del concesionario.

Obviamente lo que la modificación normativa buscó fue limitar al máximo la potestad de rescisión por interés público, siempre de ejercicio discrecional, aunque no arbitrario, y, a la vez, proteger el derecho de propiedad del concesionario explicitado no solo en las inversiones realizadas sino en su expectativa de una razonable rentabilidad. De esta manera, el

(41) Art. 7°, inc. e), in fine. Esta limitación a la prerrogativa de suspender o extinguir un contrato por razones de ilegitimidad está prevista también para los Contratos PPP y ha generado cierta controversia doctrinaria. Ver Romero Verdún, Iván F., "La potestad anuladora de la Administración pública. ¿Un poder constitucionalmente implícito?", *Revista jurídica de la Universidad de San Andrés*, N.º 14, agosto-diciembre 2022.

(42) Especialmente las limitaciones contenidas en la Ley de Expropiaciones N.º 21.499, Ley de Responsabilidad del Estado N.º 26.944 y en el decreto N.º 1023/2001.

régimen de rescisión de los contratos de concesión adquiere notas y requisitos particulares diferentes a los contratos administrativos tradicionales de obra pública y suministro en los que el riesgo del financiamiento no es asumido por la parte privada. Se trata, en definitiva, de una gran promesa a quienes busquen invertir en infraestructura pública: la Administración no podrá expropiar sus inversiones sin previamente fundar tal decisión con argumentos técnicos, económicos y jurídicos, y compensar todo daño y expectativa real de lucro con una indemnización.

III.2. Procedimiento de selección del concesionario: la licitación como medio exclusivo

La Ley Bases eliminó las formas de contratación directa con entes públicos o sociedades de capital estatal, estableciendo a la licitación pública como única y exclusiva modalidad de contratación del concesionario⁽⁴³⁾. Su texto sigue el modelo propuesto por la Ley de PPP y elimina cualquier otra forma de selección del contratista, de modo que no es posible dejar de lado la licitación pública de forma previa a la celebración de un contrato de concesión⁽⁴⁴⁾. En cuanto al procedimiento licitatorio en sí, la reglamentación aprobada por el decreto N.º 713/2024⁽⁴⁵⁾ prevé que la licitación podrá ser de etapa única o múltiple, nacional o internacional, y que podrá acudir al procedimiento previo de diálogo competitivo para la mejor elaboración de los respectivos pliegos de bases y condiciones⁽⁴⁶⁾.

Adicionalmente, se prevé la posibilidad de que se presenten iniciativas privadas⁽⁴⁷⁾ para la celebración de contratos de concesiones, sea porque el Poder Ejecutivo realice una convocatoria al efecto, o por propio impulso del privado. En todos los casos la condición esencial será que el financiamiento sea privado.

(43) El art. 67 de la Ley Bases reformó el art. 4º de la Ley de Concesiones eliminando los incisos b) y c) que preveían, respectivamente la contratación directa con entes públicos o sociedades del Estado, y la contratación con sociedades privadas o mixtas.

(44) Sobre el tema ver Comadira, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública*, Lexis Nexis, 2ª ed. Buenos Aires, 2006. La CSJN también tiene dicho que el procedimiento de licitación pública fue instituido como regla general de selección del contratista para que la Administración pueda obtener las mejores condiciones dentro de las ofertas disponibles (CSJN, 27/12/2006, "Cardiocrp" Fallos 329:5976).

(45) Ver especialmente su anexo II.

(46) Esta posibilidad también está prevista en la Ley de PPP. Además de ser una buena práctica republicana, la posibilidad de que los interesados participen en la elaboración de los pliegos mejora enormemente la concurrencia a la licitación y la viabilidad posterior del proyecto. En definitiva, los privados participantes están muchas veces en mejores condiciones que la propia Administración para aportar su experiencia y conocimientos para la mejora del proyecto.

(47) Sobre el tema ver Azzarri, Juan Cruz; Vega Olmos, Jimena, "El régimen de iniciativa privada y la necesidad de su reforma: a propósito del proyecto de ley de contratos de participación público privada", *La Ley*, RDA 2016-107, 885.

La reglamentación del nuevo régimen de iniciativa privada aprobada por el decreto N.º 713/2024⁽⁴⁸⁾ da algunas precisiones sobre la forma de presentación de este tipo de iniciativas, el contenido mínimo de cada presentación de proyectos, su declaración de utilidad pública y los beneficios que tendrá el promotor en el caso de que se disponga el llamado a licitación para realizar el proyecto.

III.3. Mecanismos alternativos de solución de controversias: panel técnico y arbitraje

De forma similar a lo previsto en la Ley de PPP⁽⁴⁹⁾, la Ley Bases introdujo la posibilidad de los contratos de concesión prevean mecanismos de prevención y solución de controversias, conciliación y arbitraje, y que la discrepancias de carácter técnico o económica que se produzcan durante la ejecución del contrato sean consideradas por un panel técnico, integrado por profesionales independientes e imparciales.

En cuanto al arbitraje, la reforma también posibilita la prórroga de jurisdicción a sede internacional aunque para ello deberá incluirse en el contrato la respectiva cláusula arbitral que será aprobada en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo e informado al Congreso de la Nación. Observamos que esta previsión contiene una delegación al Poder Ejecutivo de la facultad del Congreso de autorizar una prórroga de jurisdicción en las causas en que la Nación sea parte. Al respecto, la CSJN tiene dicho que no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca⁽⁵⁰⁾.

Por otra parte, ni el texto legal, ni la reglamentación establecen que los laudos arbitrales de tribunales con sede en Argentina serán finales y que podrán solo recurrirse por los recursos de aclaratoria y nulidad. Tampoco excluyen la aplicación del procedimiento arbitral regulado por el art. 1651 del Código Civil y Comercial de la Nación, como sí ocurre en la Ley de PPP. Estimamos que estas previsiones serán objeto de regulación en las cláusulas arbitrales que se incluyan en cada contrato de concesión.

Finalmente, respecto de los paneles técnicos ad hoc celebramos su inclusión porque no solo permiten genera un procedimiento más flexible y

(48) Especialmente Anexo III. Este decreto también derogó el régimen de iniciativa privada regulado por el decreto N.º 966/05.

(49) Ver art. 9º, inc. w) y 25 de la Ley de PPP. La aplicación de los mecanismos previstos en esa ley tuvieron escasa aplicación práctica.

(50) La exigencia de previsión legal expresa, según la CSJN; surge del art. 116 de la Constitución Nacional en tanto dispone la competencia de la justicia federal en las causas en las que la Nación se parte. CSJN, 08/05/2007, "Techint Compañía Técnica Internacional SACEI", Fallos 330:2215.

ágil para resolver disputa de carácter técnico o económico, sino también evitar que las diferencias de las partes en estas materias deriven a la postre en un conflicto insalvable que ponga en juego la posibilidad de continuar con la ejecución de un contrato de larga duración⁽⁵¹⁾.

IV. CONCLUSIÓN

El cambio normativo reseñado era necesario para incentivar las inversiones privadas. No basta, sin embargo, solo con normas idóneas y adecuadas para generar una relación Estado-inversor de largo plazo.

Podemos tener el mejor régimen de concesiones pero las condiciones necesarias para atraer capitales hacia infraestructura pública son mucho más importantes: seguridad jurídica y estabilidad o previsibilidad económica. Cuando esos factores no existen, las inversiones no llegan o los costos del financiamiento privado son tan altos que convierten a todo proyecto en una proeza irrealizable.

El tiempo nos dirá si esta Administración puede generar las condiciones necesarias para restaurar la confianza perdida y construir el camino deseable de estabilidad o previsibilidad económica.

(51) Sobre el tema de los mecanismos de resolución de conflictos en las contrataciones administrativas ver el profundo artículo de Jorge I. Muratorio, "Sistema de Resolución de Controversias Contractuales Públicas. Cambios necesarios", en La Ley, cita online: AR/DOC/2785/2023.

REFORMAS NECESARIAS EN EL RÉGIMEN DE LA OBRA PÚBLICA NACIONAL - LEY 13.064

María José Antoni Piossek ()*

I. RESUMEN

En el contexto de mi trabajo volcado en las siguientes líneas, abordare sobre el marco normativo de la obra pública nacional (ley N.º 13.064), la necesidad de reformarlo, modernizarlo y de incorporar al mismo:

i) La transparencia e integridad como las exigencias para obtenerlas, a los fines de lograr instrumentos y procedimientos administrativos legítimos, con partes contratantes éticas (Estado comitente y contratista), con funcionarios con buena gobernanza, eficientes y eficaces, obligados a garantizar el interés general por encima de los intereses privados, con el objeto de evitar y combatir el flagelo de la corrupción, el que actualmente se hace presente a nivel nacional y mundial en este tipo de contrataciones.

ii) Las contrataciones sostenibles, relacionadas con consideraciones de sostenibilidad económica y financiera, social, ambiental e institucional, entre otras, que se aplican a los bienes, obras y servicios objeto de la adquisición o contratación⁽¹⁾.

iii) El uso de vías electrónicas, con el fin de que los procedimientos, actuaciones y actos en las contrataciones se ejecuten por la vía aludida con los requisitos establecidos y a través de los instrumentos previstos⁽²⁾.

(*) Abogada graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán en el año 2004. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (años 2005-2006). Diplomada en Contrataciones e Infraestructura del Estado de la Universidad Austral (año 2018). Con Curso de Derecho Administrativo (Instituciones de Derecho Administrativo: entre Innovación y Globalización) en la Universidad de Salamanca-España (año 2019). Diplomada posmagistral en Derecho Administrativo Profundizado en la Universidad Austral (año 2023).

(1) Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-15 mayo de 2019, pág. 11.

(2) LEY - N.º 2.095. LEY DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, artículo N.º 7 inciso 10: *"Principio de la vía electrónica: Los*

II. INTRODUCCIÓN

El Estado Nacional, Provincial o Municipal, los Poderes de la Nación y en general las entidades dependientes de dichos órganos, a efectos de cumplir con sus objetivos administrativos, pueden actuar de dos maneras: Ejercer por sí mismos las actividades respectivas o utilizar a los administrados o particulares para que colaboren o lleven adelante los objetivos propuestos.

Por consiguiente, pueden formalizar contratos de Derecho Público que una parte de la doctrina los categoriza como Contratos de Derecho Público Interno, celebrados entre la Administración pública y otras personas para fines determinados o funciones estatales. Según enseña Miguel S. Marienhoff⁽³⁾, dentro de esta última estarían comprendidos los contratos Administrativos.

Partiendo de estos principios delineados de manera básica pero puntual, Rafael Bielsa, realiza una distinción, definiendo al Contrato de Derecho Público como “la convención que el Estado, obrando como sujeto de derecho público realiza con otro sujeto de derecho (público o privado), con un fin público específico”.

En tanto contrato administrativo es “el que la Administración pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tienen por objeto una prestación de utilidad pública”⁽⁴⁾.

Al respecto pongo énfasis en destacar que la idea de contrato de derecho público no es admitida uniformemente por la doctrina y jurisprudencia, resultando un tema bastante polémico, a pesar de los arduos tratamientos dispares que se vienen gestando desde hace varios años, a través de obras y trabajos doctrinarios que abordaron su tratamiento.

En tanto un sector minoritario de la doctrina se opone a catalogar o permitir denominar “contratos administrativos” a los celebrados entre la Administración pública y el administrado o particular, aceptando, únicamente, como tal el celebrado entre la Administración pública y otros entes Administrativos.

A nuestros días la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Dulcamara S.A. c/ Entel*, fue “que los contratos admi-

procedimientos de compras y contrataciones deberán ejecutarse por la vía electrónica con los requisitos y a través de los instrumentos previstos en el Capítulo III, del Título II del Anexo I de la ley N.º 3.304, siendo excepcional y procedente la tramitación de los mismos mediante documentos contenidos en soporte papel, únicamente, debido a la concurrencia de algunas de las causales previstas en la reglamentación de la presente”.

(3) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, TIII A, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 20.

(4) Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, 2017, pág. 855.

nistrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizándose por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público propio de la administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado”⁽⁵⁾.

Sin soslayar la importancia doctrinaria que reviste el debate tratado precedentemente y por cierto sin desconocer que continúa, a partir del fallo citado el contrato administrativo quedaría encuadrado en los contratos de derecho público.

Por ello, más allá de las denominaciones y/o criterios que puedan darle la doctrina y jurisprudencia a los contratos celebrados por el Estado, cabe resaltar que en relación al trabajo que se encara, el Estado Nacional como los Estados Provinciales y Municipales pueden celebrar contratos de obras públicas y de adquisición de bienes y servicios.

En este sentido, la República Argentina cuenta con una estructura de orden local, lo que posibilita que la Nación, las Provincias y los Municipios, lleven adelante sus propios preceptos legales aplicables

De allí, este sistema es factible a partir que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa república federal como así también que las Provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal⁽⁶⁾.

Partiendo de esta plataforma y sometiendo a examen los preceptos jurídicos inherentes al derecho administrativo nacional, provincial y municipal, a escasos minutos de haberse transitado sobre las páginas que componen dichos ordenamientos, se advierte la presencia de normas reglamentarias, que al utilizar determinadas proposiciones o al plantear diferencias en su aplicación, otorgan inteligencias dispares y un conflicto de opiniones.

De esta manera, el tema “Reformas necesarias en el régimen de obra la pública nacional - ley 13.064”, resulta una cuestión de interés relevante no solo para quien encara su tratamiento desde el ángulo doctrinario, sino también para los ciudadanos, los funcionarios y los contratistas, que aspiran a obras públicas con normativas ajustables más seguras, claras y actualizadas en relación a un contexto no solo nacional sino también internacional,

(5) Fallo citado y transcrito por Hutchinson Tomas, Tratado Jurisprudencial y doctrinario, T 1, Ed La Ley, 2010, Bs. As., pág. 481.

(6) Constitución Nacional de la República Argentina, artículo N.º 1: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”; artículo N.º 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

que busca la transparencia de las mismas, el respeto a lo sostenible como la incorporación de procedimientos electrónicos.

De aquí surge, la necesidad de estudio de una legislación antigua y actual a nivel nacional, la ley N.º 13.064, la cual data del año 1947.

En consecuencia, no puede pretenderse una reglamentación seria ni eficaz, si se desconoce la realidad a la que se aplica, y si no se meritan estudios sobre sus efectivos alcances; igualmente, si no existe compromiso de aquellos que abrazamos el derecho y la realidad del ejercicio profesional para estudiar la ley vigente.

III. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA OBRA PÚBLICA NACIONAL

En fecha 06 de octubre de 1947 fue sancionada la Ley de Obras Publicas de la Nación Argentina, publicada en el Boletín Nacional el 28 de octubre del año aludido.

El precepto cuenta con nueve (9) Capítulos , a través de los cuales legisla todo lo atinente a la materia tratada, regulando en: i) Capítulo I: De las Obras Públicas en General; ii) Capítulo II: De la Licitación y Adjudicación; iii) Capítulo III: De la Formalización del Contrato; iv) Capítulo IV: De la Ejecución de las Obras; v) Capítulo V: De las Alteraciones de las Condiciones; vi) Capítulo VI: De la Recepción de las Obras; vii) Capítulo VII: De los Pagos de las Obras; viii) Capítulo VIII: De la Rescisión del Contrato; ix) Capítulo IX: Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Al respecto, tildo que la norma *considera obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación* ⁽⁷⁾, por lo que quedan excluidas aquellas contrataciones que cuenten con financiamientos internacionales y externos, tales como el Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial, entre otros.

Lo expuesto precedentemente, aparejo como consecuencia la creación del dec.-ley N.º 19.324 de fecha 13 de agosto de 1949, el cual aclara conceptos y expresiones de la ley 13.064.

En congruencia con dicho ordenamiento, el 16 de agosto de 2001 se publicó en Boletín Oficial, el Régimen de Contrataciones de la Administración pública decreto 1.023/2001, aplicándose esta normativa a los contratos de

(7) Ley N.º 13.064, artículo N.º 1: "Considérese obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la ley 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente".

obras públicas, como a las concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos, licencias, entre otros⁽⁸⁾.

Igualmente, se aprecia la existencia del PLIEGO ÚNICO DE BASES Y CONDICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA, creado mediante Disposición N.º 22/2019, en fecha 01 de agosto de 2019.⁽⁹⁾

Relacionado al tema específico, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires señaló que “las normas del pliego de bases y condiciones son la ley del contrato, de sujeción obligatoria para ambas partes, de las cuales los contrayentes no pueden apartarse, las cuestiones conflictivas suscitadas en su seno deben resolverse con estricto apego a tal entramado normativo y negocial”⁽¹⁰⁾.

En tanto, a nuestros días la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, ley N.º 27.742, publicada en Boletín Oficial de fecha 08 de julio de 2024, autoriza al Poder Ejecutivo nacional, a disponer por razones de emergencia la renegociación o rescisión de los contratos de obra pública, de concesión de obra pública, de construcción o provisión de bienes y servicios, celebrados con anterioridad al 10 de diciembre de 2023.⁽¹¹⁾

(8) Decreto 1.023/2001 - artículo 4º: “CONTRATOS COMPRENDIDOS. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: 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”.

(9) Disposición 22/2019 - artículo 1º: “Apruébese el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las contrataciones de obras públicas que como Anexo I, forma parte integrante de la presente y constituye el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional para las Contrataciones de Obras Públicas”.

(10) Fallo D’Anbar S.A c/ Provincia de Buenos Aires —Ministerio de Salud— s/ demanda contencioso administrativa, de fecha 23/11/2016.

(11) Ley N.º 27.742 - artículo 63: “Autorícese al Poder Ejecutivo nacional, previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación y la Sindicatura General de la Nación conforme lo establezca la reglamentación, a disponer por razones de emergencia, las que a los efectos de esta ley constituyen causales de fuerza mayor según el régimen previsto en el artículo 54 de la ley 13.064 y modificatorias, la renegociación o rescisión de los contratos: (i) de obra pública, de concesión de obra pública, de construcción o provisión de bienes y servicios y sus contratos anexos y asociados; (ii) cuyos montos superen los diez millones (10.000.000) de módulos establecidos en el artículo 28 del decreto 1030/2016 o el que en el futuro lo reemplace; y (iii) hayan sido celebrados con anterioridad al 10 de diciembre de 2023. “La presente disposición es aplicable a todos los contratos mencionados, cualquiera sea la naturaleza jurídica del ente contratante. “La facultad a la que se refiere el primer párrafo sólo podrá ser ejercida, previo informe de transparencia y siempre que ello resulte financiera o económicamente más conveniente para el interés público. “Quedan expresamente excluidos del régimen establecido en esta ley los contratos suscritos en virtud de los procesos de privatización autorizados por la ley 23.696 y aquellos que

Por otro lado, acoto que dicha ley establece la exención de aquellas obras que hayan alcanzado el ochenta por ciento (80%) de la ejecución del contrato, dado que sería financieramente inconveniente para el Estado darla de baja.⁽¹²⁾

En definitiva, acorde a lo expuesto la Obra Pública Nacional posee como normativa central a la ley N.º 13.064, en vigencia hace aproximadamente 77 años, por lo que presenta una profusión y dispersión normativa, lo que convierte en necesaria su modernización y reforma.

Puntualizo que la Cámara Argentina de Consultores de Ingeniería en las Jornadas Adecuación de la Ley de Obra Pública —ley N.º 13.064—, destacó la importancia de mejorar dicho precepto, debido a que crear una nueva ley podría llevar a pérdidas significativas en términos de doctrina y jurisprudencia⁽¹³⁾.

IV. NECESIDAD DE REFORMA DE LA LEY 13.064

De la lectura de la ley N.º 13.064 citada, régimen central de la obra pública nacional, se evidencia que no resulta ser un precepto moderno, avanzado y evolucionado en relación a dichas contrataciones, situación que trae como consecuencia la urgencia de progresar e implementar criterios de alta sustentabilidad social y ambiental, de transparencia e integridad como de tecnología y su correcta aplicación a los procedimientos administrativos respectivos.

Por ello, los gobernantes deben tener en cuenta la necesidad de concretar claras y precisas reglamentaciones como así también que los pliegos generales y particulares incluyan especificaciones pertinentes, a los fines de lograr contratos acordes a las nuevas exigencias locales e internacionales.

En esta circunstancia y a fin de ser consecuente con el tema principal abordado, pongo énfasis en manifestar las reformas que resultarían viables e indispensables en la norma ajustable nombrada:

se hayan suscripto en el marco de regímenes de promoción de actividades, programas de estímulo a las inversiones o a la producción”.

(12) Norma cit. en apartado 11 - artículo 64: “A los fines de lo establecido en el artículo 63, se entenderá que resulta económica y financieramente inconveniente para el interés público la suspensión o rescisión de los contratos de obra pública que se encontraran físicamente ejecutadas en un ochenta por ciento (80%) a la fecha de la sanción de la presente ley; o que cuenten con financiamiento internacional para su concreción. En caso de que dichos contratos se hayan visto suspendidos, su ejecución se reanudará previo acuerdo firmado entre comitente o contratante y contratista, el que deberá ser aprobado por la autoridad competente en razón de la materia y deberá ser suscripto dentro de noventa (90) días desde la publicación de la presente ley”.

(13) file:///Users/imac/Downloads/Jornada%20Ley%20Obra%20P%C3%BAblica%20%20Propuestas%20y%20Conclusiones.pdf, acceso 20 de agosto de 2024.

IV.1. Transparencia e integridad

La normativa de obra pública hasta aquí mencionada omite e ignora tanto a la transparencia como a la integridad, sin mencionarlas y mucho menos sin desarrollar capítulos o secciones sobre las mismas, descartando que son figuras demandadas en estos tiempos para aquellos contratos que efectivice el Estado nacional.

Por ello, se destaca la exigencia de incorporar, desenvolver y profundizar en dicha legislación estas materias, teniendo presente que bajo cualquiera de los sistemas contractuales que se utilice, en la actualidad muchas veces los mismos carecen de ellas dando lugar a la concreción de actos de corrupción, tal como son de público conocimiento, no solo en nuestro país sino en gran parte de los países que componen el globo terráqueo.

Por esta situación y ante la reiteración de actos escasos de las mismas, los que en muchas oportunidades terminan judicializándose, desde hace décadas se vienen buscando diversas maneras de contención y control, tales como los programas de integridad (*compliance*) impuestos a personas jurídicas entre otros, a los fines de lograrlas eficazmente y combatir el flagelo de la corrupción entre otras cosas.

En este orden de ideas, en ciertos organismos de nuestro país se han expedido sobre el tema que se viene tratando con el propósito de actualizar y modificar la norma aludida, un ejemplo de ello es el Anteproyecto de la Ley de Obras Públicas de la Nación (ley N.º 13.064) elaborado por el Ministerio de Obras Públicas de la Nación en el marco del Observatorio de la Obra Pública, el que pone énfasis en el eje de la Integridad y la Transparencia, otorgándoles un Título especial con sus desarrollos y exigencias concernientes⁽¹⁴⁾.

En concreto, nuestro gobierno nacional no debe resultar ajeno al reconocimiento y aceptación de las figuras de transparencia e integridad en los contratos administrativos los que tienen el deber y el fin de realizar el interés general, situación que trae como consecuencia la premura de modificar su precepto adaptable.

IV.2. Sostenibilidad social y ambiental

Siguiendo el lineamiento de la transparencia y la integridad, no surge que el régimen de la obra pública nacional haya contemplado y a su vez ordenado, la posibilidad de llevar adelante obras públicas sostenibles.

(14) Título IX: INTEGRIDAD, TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

Se acentúa que la implementación de la contratación social y ambiental en estos tiempos es imprescindible, lo que genera que la Administración pública deba tener en cuenta concretar una clara y precisa reglamentación, a los fines de acomodarse a las nuevas exigencias nacionales y mundiales que se presentan en relación a este tipo de contrataciones.

En este sentido, enfatizo que para la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS), “las ‘adquisiciones sostenibles’ se definen como las prácticas que integran los requerimientos, especificaciones y criterios que son compatibles y favorecen la protección del medio ambiente y el progreso social y fomentan el desarrollo económico, entre otros factores mediante la eficiencia de los recursos, la mejora de la calidad de los productos y servicios y, en última instancia, la optimización de los costos”⁽¹⁵⁾.

En concreto, resulta irrefutable la posición de que los representantes políticos tienen como obligación y materia pendiente modificar el precepto aplicable, reglando la contratación pública socialmente responsable, para lograr entre otras cosas: i) promover objetivos sociales, ambientales y económicos, con el resultado de asegurar que las obras públicas ejecutadas por el gobierno sean lo más sustentables posibles; ii) generar el menor impacto ambiental, así como también producir el mejor impacto social; iii) garantizar condiciones de dignidad humana, generar intervenciones concretas y acciones positivas de igualdad para que las personas accedan efectivamente a contextos de igualdad de derechos⁽¹⁶⁾.

IV.3. Digitalización

Al abordar el presente punto, inmediatamente brota la ineludible pregunta, ¿qué sucede con la digitalización en la ley N.º 13.064?

El análisis del interrogante, concluye en resaltar que la legislación vigente hace caso omiso a la digitalización, lo que trae como consecuencia que no establezca la más amplia difusión por vía electrónica de los llamados de licitación y de las adjudicaciones como así también, que no fije la necesidad de que todo procedimiento y actuaciones de obras públicas, desde su inicio hasta su culminación, se realice a través de un sistema digital, a los fines de lograr solidez, seguridad jurídica, transparencia, eficacia y eficiencia.

(15) UNOPS Manual de Adquisiciones-Revisión 7, 01 de julio de 2021, pág. 25, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/normas_adquisicion_de_bienes_obras_y_servicios_con_prestamos_del_birf_y_creditos_de_la_aif.pdf, acceso 30 de agosto de 2024.

(16) Genoveva Ferrero, *Contratación Social -Reforma de La Ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ed. La Ley, Año 2023, Bs. As., pág. 1.

De esta manera, la inadvertencia expuesta no permite la modernización y la revolución digital exigida en los tiempos de hoy.

En relación al tema de la digitalización, el Banco Interamericano de Desarrollo expresa que “la transformación digital del gobierno es el cambio de cultura corporativa, modelo organizativo, métodos y procesos que aprovecha las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para que las instituciones públicas atiendan las necesidades de los ciudadanos y empresas de forma eficiente, transparente y segura”⁽¹⁷⁾.

Asimismo, el organismo internacional aludido indica además “que los gobiernos e individuos deben estar preparados para navegar la transformación digital (...), reestructurando sus modelos de negocio y creando una mentalidad creativa, innovadora que mire hacia el futuro”⁽¹⁸⁾.

Como breviario, sostengo que la legislación central en esta era, cada vez más compleja y dinámica, debe adaptarse y lograr obras públicas digitales con realidades modernas y capaces de otorgar orden, claridad y transparencia.

V. COLOFÓN

Cabe resaltar que a nivel nacional, en diferentes Provincias y Municipios de la República Argentina como en la comunidad internacional se presentan y se exhiben actualmente intereses con el objetivo de actualizar y evolucionar en lo que se refiere a las obras estatales.

Por ello, actualmente es necesario regular y modificar los procedimientos y actuaciones de las contrataciones públicas, las que requieren para su gestión un conjunto de reglas y parámetros, a fin de que el Estado pueda cumplir de la manera más adecuada con las tareas que le son inherentes.⁽¹⁹⁾

Resumiendo, opino que esta figura está sometida a un continuo impacto del progreso, por lo cual los funcionarios públicos, deben asumir el compromiso y obligación de reformar la normativa pertinente, lo que traerá como consecuencia: i) adaptarlas a las nuevas y constantes exigencias que presentan, logrando así más transparencia, integridad, tecnología y equilibrio entre lo financiero, económico y social; ii) mayor seguridad jurídica

(17) Banco Interamericano de Desarrollo-Guía de Transformación Digital del Gobierno, pág. 10, file:///Users/imac/Downloads/Guia-de-transformacion-digital-del-gobierno.pdf, acceso 30 de agosto de 2024

(18) <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/las-compras-publicas-viaje-hacia-la-frontera-digital/>, acceso 23 de noviembre de 2023.

(19) Oficina Anticorrupción de la República Argentina, Herramientas para la Transparencia en la Gestión-Compras y Contrataciones Públicas, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/compras_guidelines_4.pdf, acceso 27 de noviembre de 2023.

para las partes que suscriben el contrato como también para los habitantes que conforman la Nación Argentina; iii) un debido cumplimiento al interés general encomendado.

PREVENCIÓN, TRANSPARENCIA Y COMPLIANCE

Miriam M. Ivanega

I. COMENZANDO POR LAS REFLEXIONES

I.1. Introducción

Según el Diccionario de la lengua española, recurrente significa: “Que vuelve a ocurrir o a aparecer, especialmente después de un intervalo”.

Ese es el término que no dudamos en considerar aplicable a los instrumentos de detección, prevención y sanción de los desvíos (la mayoría de las veces identificados con las figuras de corrupción) que pueden producirse en las etapas de planificación, preparación, concreción y ejecución de una contratación pública.

Hace por lo menos tres décadas que diversos sectores doctrinarios, sociales, económicos, nacionales e internacionales se abocan al análisis tanto de las causas que llevaron al fracaso de la transparencia pública como de las posibles soluciones para evitar la reiteración de comportamientos corruptos.

El aumento vertiginoso de esas conductas de funcionarios públicos y de toda la sociedad, corroe los cimientos del Estado democrático, y conforma círculos viciosos, la desaprensión humana y por factores culturales, sociales, institucionales, políticos, jurídicos, económicos y, principalmente, tecnológicos, que se interconectan para influir en la formación de las superestructuras protectoras de la corrupción y en las acciones necesarias para contrarrestar sus efectos.

Particularmente, en cuanto al impacto de la corrupción se sostiene que las compras públicas son más susceptibles por razones tales como: las potenciales grandes sumas de dinero que pueden involucrar, que las entidades contratantes al no ser comerciales por naturaleza, son propensos a carecer de sistemas preparados para responder al riesgo de aquel flagelo, la discrecionalidad de los funcionarios durante la gestión del contrato, el desdobra-

miento del contrato en contratos pequeños para eludir reglas que requieren publicación y transparencia para contratos más extensos⁽¹⁾.

Por supuesto que no podemos dejar fuera de estos criterios a las infraestructuras públicas, fundamentales para la vida social, ya que como políticas públicas son herramientas de crecimiento económico, inclusión social, creación de empleo. Sean infraestructuras de servicios públicos, sanitaria, educativa, de interconexión tienen efecto directo en el desarrollo de las comunidades.

Para la OCDE, incluir una visión estratégica de largo plazo en ese tipo de da claridad a sus objetivos y facilita la sostenibilidad financiera de los planes de inversión, porque ayudan a los gobiernos a alinear los proyectos con objetivos de política pública específicas como lo son, la mitigación del cambio climático, igualdad de género, derechos humanos, aspectos que aumentan su impacto conjunto y potencian los beneficios que se pretenden lograr. Para ello, es necesario “un marco institucional transparente, consistente y responsable que dote a instituciones y niveles de gobierno de obligaciones claras y coherentes, amplios poderes de decisión, y habilidades y competencias apropiadas” (OCDE, 2020).

Para que las estrategias a largo plazo sean efectivas y sostenibles en el tiempo, son necesarias instituciones que supervisen y coordinen la implementación de las infraestructuras y que garanticen su continuidad más allá de los períodos políticos.

Análisis estadísticos de América Latina y el Caribe (ALC) muestran que, aunque usualmente los planes de infraestructura a largo plazo son de sectores específicos, en esa región la mayoría de los países encuestados (8 de 15; es decir el 53%) alinean sus estrategias de infraestructura con objetivos de política pública. En 6 de 15 países (40%), esos planes se coordinan con visiones nacionales a largo plazo u otros documentos con prioridades estratégicas generales. Pero son pocos los países que tienen planes que ajustan la visión estratégica de infraestructura con áreas de política específicas, como planes de acción medioambiental o climática (4 países); políticas de inclusión con una perspectiva de género (3 países); o el uso del suelo, desarrollo regional o compromisos en materia de derechos humanos (2 países). Estas cifras muestran el bajo número de países que vincula sus planes de infraestructura con los de acción climática y las políticas de género, aspectos que constituyen un reto en la planeación de infraestructura a largo plazo.

En ese contexto, la llamada gobernanza de la infraestructura nos remite a las políticas, marcos, normas, procesos e instrumentos usados por los

(1) <https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-4/key-issues/corruption-in-public-procurement.html> (ultimo acceso 22-09-24)

organismos públicos para planear, tomar decisiones, implementar y monitorear el ciclo de vida de la infraestructura pública.

Por eso, resulta relevante considerar los múltiples y complejos retos que aquella involucra, y que en términos de gobernanza obliga a la incorporación de una multiplicidad de actores, sectores e intereses, “en un conjunto coherente de decisiones con impacto a largo plazo, incluidos proyectos y procesos”.

En definitiva, sean compras de bienes y servicios o infraestructuras, la contratación pública ha de ser diseñada, desarrollada y gestionada con una visión estratégica.

I.2. Integridad

La pretensión de una estrategia contractual y la necesidad de que termine siendo afectada por la corrupción, nos remite al concepto de integridad, como cualidad de íntegro, aquella condición del que no carece de ninguna de sus partes. La persona íntegra es recta, proba, intachable, según el Diccionario de la lengua española (RAE).

En el campo público se vincula con los poderes y los recursos confiados a ese sector que deben ser usados forma efectiva, honesta y para fines públicos, con sujeción a estándares éticos⁽²⁾.

Reiteramos que la integridad en la función pública es tan antigua como esta ya que forma parte de su esencia, aspecto que obliga a reconocer que el arraigo a la corrupción ha sido producto, también, de acciones ineficaces para asegurar tal exigencia en la actuación de los servidores públicos.

Respecto de las contrataciones públicas, una mirada con un criterio omnicompreensivo está presente en la Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública de julio de 2018 en el cual se indica que para evitar riesgos de corrupción debe realizarse un análisis riguroso y la implementación de las mejores prácticas internacionales en la materia, como la estandarización de las normas de contratación pública, el Registro Único de Proveedores, la contratación electrónica, las subastas inversas, la disponibilidad de la información precontractual y contractual de todos los procesos de contratación del Estado en el portal web de la institución rectora del sistema, las veedurías ciudadanas y pactos de integridad, así como la apertura de denuncias y la disponibilidad de información estadística por medio de herramientas apropiadas. “Fomentar, de acuerdo con la normativa existente en cada país, mecanismos de transparencia activa, pasiva y focalizada; la promoción y potenciación de los datos abiertos en la Administración Pública; la incorporación de nue-

(2) En ese sentido, ver “Integridad y Ética”, módulo desarrollado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) bajo su iniciativa Educación para la Justicia, Viena, 2019, p. 11, https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_13_-_Public_Integrity_and_Ethics_-_Spanish_v.pdf.

vas tecnologías y redes sociales digitales como medio para generar espacios de escucha activa, vías para la participación ciudadana en la gestión y para colaboración en la innovación y búsqueda de soluciones”.

Ahora bien, las normas no han sido suficientes, códigos, leyes, recomendaciones, protocolos se fueron sumando a los ordenamientos jurídicos sin que este flagelo haya disminuido, ni que la integridad se instituyera como regla absoluta de actuación pública.

Tampoco parece recordarse la Recomendación de la OCDE del año 2017 sobre Integridad Pública, en la que se expone que la desigualdad, la exclusión y el desencanto constituyen el costo real de la corrupción, considerando que los enfoques tradicionales, en los que el dictado creciente de normas y la exigencia de su estricto cumplimiento mostraron una eficacia limitada.

La existencia de las redes de corrupción que se tejieron alrededor del contrato público, involucrando a funcionarios de todos los niveles jerárquicos y políticos, nos mostró la cara nefasta de la globalización: la corrupción globalizada, afectando las estructuras institucionales y la confianza social.

Esta situación tan presente en las contrataciones públicas originó que en las últimas décadas se haya puesto especial atención a las situaciones de incompatibilidad y conflictos de intereses que pueden producirse en la gestión de aquellas. Tal como consideraremos en párrafos posteriores,

Desde el Plan de acción OCDE-LAC sobre integridad y Anticorrupción, producto de la Tercera Reunión de Alto Nivel del Programa Regional de la OCDE para América Latina y el Caribe de octubre de 2018: “Integridad para el buen gobierno: de los compromisos a la acción” hasta las Normas ISO 37001:2016, han introducido requisitos y recomendaciones para implementar, mantener y mejorar un sistema de gestión anticorrupción.

Una de las acciones que incluyen (aunque es promovida por la OCDE y la OMC desde principios del siglo XXI) es el sistema de prevención de conflictos de intereses e incompatibilidades de los funcionarios públicos que pueden afectar la transparencia en la gestión de las contrataciones públicas.

En este punto, es importante acentuar que la presencia de intereses públicos y privados contrapuestos en el accionar del servidor público trascienden el vínculo de función pública, en la medida que impactan en toda la comunidad al producirse un alejamiento de los principios de honestidad, lealtad, justicia, probidad, buena fe, idoneidad, responsabilidad, austeridad republicana.

Por supuesto que la objetividad y la imparcialidad —condicionantes de la actividad de todo funcionario público— deben estar en comunión con la idoneidad de todo servidor público, cuya capacitación y especialidad constituyen herramientas imprescindibles en una gestión pública que se precie de transparente. Análisis que trasladado al terreno de las contrataciones

públicas, obliga a que actúen en forma independiente, libre de estereotipos, presiones y de preconceptos.

Exigir a quienes intervienen en los procedimientos contractuales, imparcialidad y objetividad permite asegurar una gestión libre de influencias políticas, económicas, de amistad, familiares que lo inclinen a desviar los fines de su competencia⁽³⁾.

I.3. El control

Es evidente que no hay milagros ni magias que puedan borrar los efectos nefastos de ese flagelo o evitar su reiteración, pero a pesar de eso y con el objeto de mostrar alguna tenue luz esperanzadora en el lector hemos de insistir en el rol significativo que tienen los controles de la gestión pública.

Si bien en esta ocasión no profundizaremos en los sistemas de control, es importante recordar que el Poder Judicial es un instrumento de primer orden (diríamos ubicado en un lugar privilegiado) garantizador, en un sistema democrático, del respeto del ordenamiento jurídico y de la lucha contra la corrupción. Y ese rol que lo tiene como Poder constitucional deberá ser eficiente y eficaz a la hora de juzgar —en su caso, revisar y/o confirmar— las responsabilidades de los funcionarios públicos que cometan ese tipo de ilícitos sean penales, patrimoniales e incluso disciplinarias.

Sin perjuicio de estos comentarios, cada uno de los sistemas y formas de control coadyuva, directa o indirectamente, a cumplir con esos objetivos.

Controlar a los poderes del Estado a través de los diversos procedimientos y procesos incide (o debería hacerlo) en el ejercicio de las funciones estatales, ya que, de practicarse, eficientemente, se lograría tanto alimentar la toma de decisiones de las autoridades y corregir acciones o subsanar omisiones, como la detección anticipada de irregularidades.

El control (en cualquiera de sus manifestaciones) es una función que preocupa, que genera temor en el controlado y que bajo la creencia de que se trata de persecuciones e intromisiones, se evita y rechaza⁽⁴⁾.

Para desterrar esa desconfianza, es necesario recordar que el control de lo “público” ejercido por los poderes estatales muestra el “deber ser” de la gestión y, en consecuencia, contribuye a modificar las conductas que se apartan tanto de los objetivos, como de los medios idóneos para obtenerlos.

(3) MORENO MOLINA, J. A. “Principios generales de la contratación pública en el reciente derecho internacional, europeo y de América Latina”, *Revista Derecho & Sociedad*, nro. 44, 17 de marzo de 2015, p. 59.

(4) Ivanega Miriam M, *Transparencia en las contrataciones Públicas*, Buenos Aires, La Ley, 2022.

II. DE RIESGOS Y “COMPLIANCE”

II.1. Riesgo

En el ámbito privado, el contexto regulatorio con el que deben cumplir suele ser complejo y las consecuencias de incumplimiento o aplicación defectuosa pueden tener enormes impactos: clausura temporal o total de la actividad; pérdidas financieras derivadas de sanciones fijadas por un tribunal y, la pérdida de confianza por parte de clientes e inversores u otros grupos de interés. Ante este contexto, los riesgos que estas situaciones implican obligan a las organizaciones a que deban ser identificados, gestionados y controlados. Si bien no existe un modelo único (salvo en sectores regulados, banca y seguros), que establezca cómo se debe desplegar en la estructura, organización interna y líneas de reporte —ya que deben considerarse el tamaño de la empresa, la complejidad de los procesos internos, los recursos disponibles— existen parámetros y lineamientos que son comunes a los sistemas de gestión de riesgos⁽⁵⁾.

En ese contexto, se introduce a la corrupción como uno de los tipos de riesgo a los que se enfrenta la contratación pública, que requiere un tratamiento especial por la complejidad que presenta ese ámbito contractual y las opciones de enfrentarse a irregularidades en sus distintas etapas: desde la decisión de contratar, la determinación del objeto —finalidad a perseguir—, el contenido de los pliegos de bases y condiciones, hasta los avatares jurídicos que pueden presentarse en todas las etapas (por ej. pedido de aclaraciones por parte de posibles ofertantes,, la decisión de dejar sin efecto el procedimiento previo al contrato) y el ejercicio del “*ius variandi*” en la fase de ejecución⁽⁶⁾.

Por supuesto que una de las herramientas efectivas que colabora con la prevención es el llamado “mapa de riesgos”, tema que, si bien no es objeto de tratamiento especial en esta ocasión, es necesario mencionar por el impacto que tiene en el marco de los procedimientos de *compliance*.

El mapa de riesgo permite identificar, evaluar y gestionar los riesgos que, potencialmente, pueden afectar a una organización y cuál sería el impacto y los efectos que generarían de convertirse en “daños”.

Dada la variabilidad espaciotemporal de amenazas y factores de vulnerabilidad, es fundamental su actualización para que la información que de él surja pueda ser utilizada en las etapas de diseño de las políticas públicas. En ese marco, prevenir riesgos en la contratación pública, en especial si se trata de corrupción (riesgo que identificamos como “endémico”), es fundamental para la vida misma del contrato y para satisfacer el interés público que debe perseguir.

(5) Gobierno del Riesgo de Cumplimiento. Relación entre Auditoría Interna y Cumplimiento Normativo, Instituto de Auditores Internos de España, junio 2018, p. 3

(6) Ivanega M. M. Transparencia..., Cap. II.

II.2. *Compliance*

Compliance es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas que ocupa un lugar preponderante dentro de las medidas de prevención en la lucha contra la corrupción. Su origen y desarrollo muestra su directa vinculación con las nociones de cumplimiento, riesgo, imagen empresarial, prevención, sanción, contingencia, programa, fraude, conflicto de intereses, gobernanza, buena administración, etc.

Interesantes estudios publicados hace unos años en nuestro país, muestran algunas diferencias doctrinarias en cuanto al contenido del *compliance*, aunque todos coincidan en la existencia de un denominador común: el cumplimiento normativo. Para ciertos autores aquel debe ser identificado directamente con la responsabilidad penal de las empresas y con la función del oficial de cumplimiento⁽⁷⁾; en cambio otra parte de la doctrina se trata de una noción que va más allá de la regulación legal (específicamente en la República Argentina de la ley N.º 27.401), al tratarse de una materia que “mira a la compañía y a los negocios en todos sus niveles de manera transversal y holística”. Además, no se limita a los temas de corrupción, ya que se trata de una cultura, enfoque coincidente en la doctrina penal. A su vez, identificado con el cumplimiento, se lo entiende en su forma más amplia como la combinación de los procesos que permiten a una empresa garantizar el respeto por los valores y la ética, establecido por la organización y reunido en los llamados programas de cumplimiento⁽⁸⁾.

Más allá de que coincidamos con este último enfoque, el *compliance* ha dejado de ser una opción voluntaria para muchas organizaciones para pasar a convertirse en un requisito a integrar dentro de su estrategia y estructuras internas con el objeto de dar cumplimientos a los preceptos legales o para poder protegerse ante situaciones de riesgo que pondrían en serios problemas la estabilidad y continuidad de la actividad de aquellas. Si bien el concepto no se está ante una figura nueva, la rápida y reciente evolución de la legislación internacional junto con al endurecimiento de las sanciones y la relevancia que la propia legislación otorga a la toma de acciones preventivas de cumplimiento por parte de las organizaciones ha provocado que el *compliance* resulte en

(7) Rodríguez Estévez, Juan María, “El *criminal compliance* como fundamento de imputación penal corporativa”, en Durrieu, Nicolás - Sacani, Raúl (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, Buenos Aires, *La Ley (Suplemento Especial)*, 2018, pp. 85-97.

(8) Thiboud, Tomás, “La toma de decisiones en *compliance*” y Cabrero, Ramón, “El rol del oficial de cumplimiento en la práctica”, en Durrieu, Nicolás - Sacani, Raúl (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, op. cit., pp. 237-246; 247-258, respectivamente.

la actualidad uno de las cuestiones más novedosas e incipientes a incorporar en las estrategias de gestión y visión de cualquier tipo de organización⁽⁹⁾.

Es indudable que quien adquirió un marcado protagonismo ha sido el oficial de cumplimiento, figura que se instituyó para asegurar tanto el riguroso cumplimiento normativo como fijar los cimientos éticos. Su labor consiste en definir las particularidades propias de la organización, ponderando el negocio que desarrolla, el riesgo y los valores éticos que se buscan promover y cuidar. No se trata de un trabajo estático sino de permanente dinamismo para diseñar y mejorar las herramientas para atender las nuevas complejidades⁽¹⁰⁾.

II.3. Nuestra opinión

La pregunta que aún hoy cabe formular es si el *compliance* constituye una nueva modalidad de control no judicial, separada o inserta en las funciones y objetivos de las auditorías internas.

Sin ser concluyente, es posible indicar que no son incompatibles en la medida que Oficial de Cumplimiento y Auditores Internos coordinen sus funciones. A nuestro criterio, la información que obtengan cada uno de ellos, en el ejercicio de sus competencias, debe ser compartida para evaluar —en forma conjunta— la efectividad de los procesos internos de gestión y para proponer medidas de mejoramiento de la gestión de los asuntos públicos (entre ellos el de las contrataciones)⁽¹¹⁾.

III. CONCLUSIÓN

Un universo de controles, responsabilidades penales, normas legales, reglamentarias, directivas, recomendaciones, proyectos, programas, confluyen para continuar elaborando respuestas a reiterativos interrogantes: ¿es posible prevenir y evitar la corrupción? ¿cuál es el mecanismo más efectivo? ¿funcionan los sistemas sancionatorios?

Preguntas cuyas respuestas nos convoca a continuar debatiendo y a la que se suman otras, que obliga a nuevas reflexiones: ¿Es gasto o inversión combatir la corrupción? ¿Quién está dispuesto a afectar fondos públicos para combatirla? ¿Cómo lograr que la sociedad reconozca los beneficios de destinar recursos públicos a la implementación y refuerzo de acciones contra la corrupción? ¿Cuáles son los mecanismos de control más eficaces para evitar que esos fondos también terminen transitando las sendas oscuras de aquel flagelo?

(9) <https://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php> (último acceso 22-09-24).

(10) Cabrero, Ramón, “El rol del oficial de cumplimiento en la práctica”, en Durrieu, Nicolás - Sacani, Raúl (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, op. cit., pp. 247-258.

(11) Ivanega

POLÍTICAS DE INTEGRIDAD EN EL SECTOR PRIVADO Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Ana Carina Larocca (*)

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que se trata de un término de uso generalizado, no existe en nuestras normas nacionales —ni tampoco en las convenciones internacionales sobre esta materia— una definición jurídica de corrupción. Sin embargo, múltiples autores e instituciones dedicadas al estudio de este fenómeno han procurado delimitarlo conceptualmente a fin de poder efectuar un correcto abordaje⁽¹⁾.

Para este trabajo, basta con señalar el denominador común de todas las definiciones ensayadas: el reemplazo de los fines públicos por los intere-

(*) Abogada y magíster en Derecho Administrativo, especialista en transparencia e integridad pública. Miembro del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral. Fue directora de Acceso a la Información del Ministerio de Obras Públicas (luego Infraestructura) y actualmente se desempeña como directora de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción.

(1) Los organismos e instituciones internacionales la han definido como “el uso de cargos públicos para obtener ganancias personales” (Banco Mundial, “Las múltiples caras de la corrupción”, Mayol Ediciones, Madrid, 2009, pág. 23); “El abuso de un cargo en el sector público o privado para beneficio personal” (OCDE, “What are bribery and corruption?”, in “Bribery and Corruption Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors”, Publishing, París, 2013, pág. 9) o el “abuso del poder para beneficio propio” (Transparencia Internacional, “Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción”, 2009, pág. 14). Según la UNODC, la referencia a “cargo en el sector privado” (OCDE) y “poder encomendado” (TI), en lugar de “cargo público” o “poder público” (BM), representa un importante avance porque cubre los tipos de corrupción que no involucran exclusivamente a políticos, burócratas o al poder público (UNODC, “Herramientas de conocimiento para académicos y profesionales, Módulo 1, ¿Qué es la corrupción y por qué nos atañe?”, pág.11). Desde una perspectiva sociológica, Ezequiel Nino considera corrupta “la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce a o se beneficia con tal incumplimiento” (NINO, C., “Un país al margen de la ley”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2005, pág. 109).

ses privados de quienes se corrompen⁽²⁾. Este apartamiento de la búsqueda del bien común no solo ocasiona importantes daños al erario público por la desviación irregular de recursos y su administración infiel, sino que —como señala la OCDE en el Estudio de Integridad que realizara sobre la República Argentina— impacta de lleno en “la percepción de la ciudadanía respecto al sistema político nacional y socava su confianza en los gobiernos y las instituciones públicas”⁽³⁾, afectando negativamente a la sociedad en su conjunto⁽⁴⁾.

No caben dudas de que se trata de un fenómeno complejo y que merece una respuesta que atienda a esta característica. En efecto, su abordaje no puede limitarse a la implementación de medidas represivas y sancionatorias —que, aunque importantes, resultan insuficientes—; es necesario que se diseñen y pongan en marcha acciones preventivas que se anticipen al acto ilícito y eviten su comisión. En este marco adquieren real dimensión las estrategias o sistemas de integridad: conjunto coherente y completo de políticas, programas, normas y sus respectivos mecanismos de aplicación y control, implementados por las autoridades públicas y destinados a evitar la corrupción o a mitigar su impacto.

Ahora bien, la integridad de la gestión pública no es un problema exclusivo del Estado —en todos sus niveles— y sus funcionarios. La eficacia de las políticas y herramientas en esta materia demanda la mirada y el compromiso de todos los actores involucrados, tanto en su diseño como en su implementación, control, monitoreo y evaluación.

Hoy resulta de una evidencia incontrastable que las medidas anticorrupción que miran exclusivamente al sector público son insuficientes y que deben ser complementadas con acciones dirigidas tanto al sector privado, con el que aquel interactúa, como a la ciudadanía y sus instituciones, afectadas por el impacto negativo de este fenómeno⁽⁵⁾.

(2) MORENO OCAMPO, L., “En defensa propia, cómo salir de la corrupción”, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993, pág. 111. Este autor señala, precisamente, que una de las notas salientes del acto de corrupción es el “reemplazo de los fines públicos por el interés del autor”.

(3) OCDE (2019), “Estudio de la OCDE sobre Integridad en Argentina: Lograr un cambio sistémico y sostenido. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública”, Publishing, París, pág.3.

(4) Con acierto Ivanega señala que la percepción de que la corrupción es un delito sin víctimas y que sólo afecta al Estado “comenzó a modificarse cuando se puso de relieve su impacto en la generación de la desigualdad social y empobrecimiento de las clases sociales menos favorecidas” (IVANEGA, M.M. y SAPPÀ, J.R., “El Derecho Disciplinario: Instrumento de Estabilidad Social y Política”, Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México, 2013)

(5) Al respecto la OCDE ha señalado que toda estrategia anticorrupción, para lograr un cambio real, debe “ir más allá del gobierno e involucrar a las personas y al sector privado” (“Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública”, 2017, pág. 3).

Así lo han reconocido las convenciones Interamericana y de Naciones Unidas contra la Corrupción incorporadas a nuestro derecho interno por las leyes N.º 24.759 y N.º 26.097, respectivamente, las cuales, entre las acciones preventivas cuyo impulso o fortalecimiento imponen, consideran la participación de las organizaciones de la sociedad civil⁽⁶⁾ así como la implementación de medidas de integridad también sobre el sector empresarial.

Con relación a estas últimas, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) incluye en su artículo III, la creación, mantenimiento y fortalecimiento de “10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción”.

En igual sentido, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), dedica el artículo 12 específicamente al ámbito privado. Allí destaca la necesidad de “medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas”. A continuación detalla que las mismas pueden consistir en:

a) La cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes.

b) La formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos

(6) La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) señala, en sus considerandos, “la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción” y en el artículo III incluye —como mandato a los Estados Parte— la consideración de medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer “Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”. En igual sentido, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) destaca que “la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces”. Asimismo, dedica un artículo a las medidas para “fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa” (art. 13).

códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado.

c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas.

d) La prevención de la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales.

e) La prevención de los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de exfuncionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo.

f) Que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

Recomendaciones de similar alcance podemos encontrar en múltiples instrumentos de los organismos internacionales que abordan esta problemática⁽⁷⁾.

En definitiva, resulta esencial crear puentes entre las políticas de integridad del sector público y del sector privado, sobre todo en aquellos ámbitos en los que ambos interactúan, con el objeto de consolidar una cultura de ética y transparencia y prevenir eficazmente la corrupción.

A continuación, nos referiremos muy brevemente a algunas de las que nuestro país ha diseñado con el objeto de cumplir con el mandato de las referidas convenciones.

(7) Ver al respecto, OCDE (2015), “Recomendaciones del Consejo sobre Contratación Pública”; OCDE (2017), “Recomendaciones del Consejo sobre integridad Pública”; OEA (2018), “Compromiso de Lima sobre Gobernabilidad Democrática Frente a la Corrupción”; entre muchos otros.

II. LAS POLÍTICAS DE INTEGRIDAD SOBRE EL SECTOR PRIVADO, CON FOCO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Las políticas de integridad sobre el sector privado adquieren particular dimensión en materia de contrataciones públicas, transacciones que implican entre el 12% y el 30% del producto interno bruto de muchos países, por lo que constituyen uno de los principales elementos del gasto estatal⁽⁸⁾. Es precisamente el tamaño de ese mercado, así como la estrecha interacción que implican entre los sectores público y privado, lo que las vuelve intrínsecamente vulnerables a la corrupción y potencia su impacto social, económico e institucional.

La corrupción en la contratación pública distorsiona los mercados, la competencia e impide el desarrollo de las naciones. Ello motivó que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), en el año 2015, formulara recomendaciones preventivas sobre integridad aplicables específicamente a esta actividad y orientadas tanto al sector público como al sector privado⁽⁹⁾, recomendaciones que se suman a los mandatos contenidos en las convenciones internacionales contra la corrupción antes referidas.

En el citado documento, la OCDE insta a los Estados Adherentes a:

a) Exigir que todas las partes interesadas actúen con un elevado grado de integridad a lo largo del ciclo de contratación. En tal sentido, señala que “sería útil para ello ampliar (por ejemplo, mediante pactos de integridad) el ámbito de aplicación de las normas que forman parte de los marcos legales o reglamentarios o de los códigos de conducta por los que se rigen los empleados del sector público”⁽¹⁰⁾.

b) Desarrollar programas de formación en materia de integridad dirigidos al personal de contratación pública, tanto del sector público como del privado, para concientizarles sobre las amenazas a la integridad, como la corrupción, el fraude, las prácticas colusorias y la discriminación, generar conocimientos sobre las posibles vías para hacer frente a estos riesgos y fomentar una cultura de integridad⁽¹¹⁾.

c) Controles internos, medidas de aseguramiento del cumplimiento y programas anticorrupción, dirigidos a los proveedores, incluido el oportu-

(8) Así lo señala la Secretaría Técnica del Mecanismo de Seguimiento de la CNUCC, en el documento preparatorio “Prevención de la corrupción en la contratación pública a diversos niveles de gobierno y uso eficaz de las tecnologías de la información y las comunicaciones para prevenir, detectar, desalentar y combatir la corrupción en la contratación pública”, elaborado en el marco de la 15ª reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Prevención de la Corrupción (septiembre de 2024).

(9) OCDE (2015), “Recomendaciones del Consejo sobre Contratación Pública”.

(10) Recomendación III, punto (i).

(11) Recomendación III, punto (iii).

no seguimiento. En tal sentido, señala que los contratos públicos “deberán incluir garantías de exención de corrupción y llevar aparejadas medidas de comprobación de la veracidad de las declaraciones y garantías de los proveedores de que no participan en comportamientos corruptos en relación con el contrato y de que van a abstenerse de este tipo de conductas”. Asimismo dichos programas “deberán igualmente exigir el adecuado grado de transparencia en la cadena de suministro para favorecer la lucha contra la corrupción en la subcontratación” y “habrán de exigir que el personal de los proveedores recibe formación en materia de integridad”⁽¹²⁾.

Un rápido repaso de nuestro marco normativo nos permite advertir múltiples disposiciones orientadas en dicho sentido. Entre ellas podemos señalar, a título de ejemplo:

- El establecimiento de “períodos de enfriamiento”, entendidos como restricciones para la realización de actividades privadas por parte de quienes se han desempeñado en el sector público. En tal sentido, el artículo 46 del Código de Ética Pública del Poder Ejecutivo Nacional (aprobado por decreto N.º 41/99) establece una restricción de un año, posterior al cese en el cargo público, para que el exagente estatal pueda “celebrar contratos con la Administración Pública Nacional, cuando tengan vinculaciones funcionales con la actividad que desempeñe o hubiera desempeñado”.

- La obligación para quienes se presentan a contratar con el Estado Nacional (o a solicitar una licencia, permiso, autorización, habilitación u otorgamiento de un derecho real sobre un bien de dominio estatal) de presentar una declaración jurada sobre los vínculos de interés que posean con relación a las máximas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional (presidente y vicepresidente, jefe de gabinete, ministros o autoridades de igual rango) o con funcionarios de rango inferior, en este último caso, que tengan competencia para decidir en la contratación. Si se declara tal interés, la contratación queda sujeta a mayores estándares de transparencia y control (decreto N.º 202/17). De esta manera se involucra al sector privado en la detección y gestión de los conflictos de intereses.

- La suscripción de pactos de integridad —acuerdos entre todos los actores que intervienen en un procedimiento, en el que las partes asumen el compromiso de actuar con transparencia, ética e integridad, con sujeción a las responsabilidades que se establezcan en cada caso— en contrataciones de riesgo. Por ejemplo, en aquellos casos en los que se hubiera declarado un vínculo de interés (de conformidad a lo previsto en el decreto N.º 202/17) o celebradas en contexto de emergencia (Resolución OA N.º 5/2020)⁽¹³⁾.

(12) Recomendación III, punto (iv)

(13) En el Anexo a la citada resolución de la Oficina Anticorrupción se recomendó, dentro de las acciones para fortalecer la integridad y la transparencia en el marco de los

- La exigencia de contar con programas de integridad adecuados para contratar con el Estado Nacional, en aquellas contrataciones —de bienes y servicios, obra y concesión de obra pública, participación público-privada y concesión o licencia de servicios públicos⁽¹⁴⁾— cuando, por su monto, deban ser aprobadas por autoridad con rango no menor a ministro (ley N.º 27.401).

Profundizaremos sobre la aplicación práctica de la última norma señalada y, en particular, sobre una de las herramientas creadas para facilitar su implementación: el Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades (RITE).

III. LA EXIGENCIA DE CONTAR CON PROGRAMAS DE INTEGRIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO NACIONAL

Dentro de las políticas de integridad sobre el sector privado que fijan condiciones para interactuar con el sector público, se encuentra la señalada exigencia de contar con programas de integridad para contratar con el Estado Nacional, introducida por ley N.º 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Esta Ley, sancionada en 2017, fue impulsada por el Poder Ejecutivo Nacional —a instancias de la Oficina Anticorrupción— con el objeto de dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país al adherir a la Convención de la OCDE sobre soborno transnacional⁽¹⁵⁾ y, poco después, a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción⁽¹⁶⁾.

procedimientos de emergencia por COVID-19, “la suscripción de un Compromiso de Integridad en todos los casos, para promover una contratación transparente entre el organismo público y los interesados del sector privado”. Allí se aclara que “[e]l compromiso consiste en un documento en el que se describen las conductas esperadas de ambas partes involucradas en el proceso de selección, los canales de denuncia existentes y, eventualmente, las sanciones aplicables en caso de violación del acuerdo”. Asimismo se sugiere que tales pactos sean suscriptos por los oferentes y los funcionarios a cargo de las unidades operativas de compras.

(14) Salvo previsión en los pliegos respectivos, quedan excluidas de la regulación las contrataciones efectuadas por empresas con participación estatal, por entes públicos no estatales, por provincias y municipios y por debajo de los montos mínimos establecidos por la ley.

(15) Convención de la OCDE sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, suscripta en París el 17 de diciembre de 1997 y aprobada en nuestro país por ley N.º 25.319 del 7 de septiembre de 2000. Su artículo 2º refleja el compromiso de los Estados Parte de tomar “las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero”.

(16) El artículo 26 de la Convención, aprobada por ley N.º 26.097, bajo el título “Responsabilidad de las personas jurídicas”, expresa: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado

La norma presenta un doble enfoque. En primer lugar, punitivo, al determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas nacionales o extranjeras, con o sin participación del Estado Nacional, por los siguientes delitos cometidos directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio: cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional (arts. 258 y 258 *bis* del Cód. Penal), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del Cód. Penal), concusión (art. 268 del Cód. Penal), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados [art. 268 (1) y (2) del Cód. Penal] y balances e informes falsos agravados (art. 300 *bis* del Cód. Penal).

Pero también tiene un fuerte componente preventivo, al fomentar la autoorganización de las empresas y promover la implementación, dentro de sus propios ámbitos, de programas de integridad cuya existencia tiene impacto tanto en el marco de eventuales procesos penales —si se imputa a la sociedad la comisión de un hecho de corrupción— como en la posibilidad de ofertar y ser adjudicatarias en ciertas contrataciones públicas.

En efecto, contar con un programa de integridad adecuado —en los términos de la ley— puede repercutir en la atenuación de la eventual sanción penal (art. 8°), es condición para que la empresa pueda eximirse de responsabilidad penal si, además, se auto denuncia de manera espontánea y devuelve el beneficio indebidamente obtenido (art. 9°) e incluso para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18).

En cuanto a las contrataciones públicas, tal como se anticipó, el programa de integridad es requerido para contratar con el Estado Nacional en aquellas operaciones reguladas por el decreto N.º 1023/01 (bienes y servicios) y/o por las leyes N.º 13.064 (obra pública), N.º 17.250 (concesión de obra pública), N.º 27.328 (participación público-privada) y de concesión o licencia de servicios públicos, que —por su monto— deban ser aprobadas por autoridad ministerial o superior (art. 24 ley N.º 27.401)⁽¹⁷⁾.

Cabe señalar que esta disposición no existía en el proyecto enviado al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo, ni en el que obtuviera media sanción de la Cámara de Diputados⁽¹⁸⁾. Fue incorporado en la versión con dictamen favorable de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la

Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa...”

(17) Al reglamentar esta disposición, el artículo 2° del decreto N.º 277/2018 expresó que el monto de los contratos a los que refiere el inciso a) del artículo 24 de la ley N.º 27.401, es aquel establecido en el Anexo al artículo 9° del decreto N.º 1030/16 —o el que en el futuro lo sustituya— para aprobar procedimientos y/o adjudicar contratos por parte de Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministros, Secretario General de la Presidencia de la Nación o máximas autoridades de los organismos descentralizados.

(18) Expte. CD 16/17, remitido al Senado el 14 de julio de 2017.

Nación⁽¹⁹⁾. Inicialmente su alcance era mucho más amplio, pues establecía la obligación de contar con programas de integridad para contratar con el Estado cualquiera fuera el monto de la operación. Luego del debate parlamentario se mantuvo esta exigencia solo para aquellas de mayor envergadura, lo que debe considerarse un acierto. De otro modo podría haber resultado limitativa de la concurrencia, sobre todo en el caso de pequeñas contrataciones de bienes y servicios o para la realización de obras menores, teniendo en cuenta el significativo desarrollo que deben tener los programas conforme la normativa bajo análisis.

En definitiva, la ley ha insertado este requisito excluyente para aquellas transacciones que —por su relevancia económica— ha considerado de mayor riesgo. Ello no impide que se establezcan otros requerimientos o se adopten medidas de ética y transparencia en las contrataciones de menor impacto, ni es óbice para que se promueva que todas las empresas desarrollen programas de integridad, lo que sin duda les acarrearán significativos beneficios en su operatoria comercial. De hecho, hacia allí apunta el Registro RITE, donde el 75% de las empresas usuarias son micro, pequeñas y medianas.

III.1. ¿Qué son los programas de integridad y cuándo resultan adecuados en los términos de la ley N.º 27.401?

La ley define a los programas de integridad como un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir y detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos alcanzados por la norma. Aclara que su diseño debe guardar relación con los riesgos propios y específicos de la actividad que la empresa realiza y con su dimensión y capacidad económica, remitiendo a tales efectos a la reglamentación (art. 22).

Como se anticipó, del texto de la norma se desprende que para cumplir con los efectos allí previstos, los programas de integridad deben ser “adecuados”⁽²⁰⁾, interpretándose que se alude a la característica antes mencionada⁽²¹⁾: no es suficiente que las empresas acudan a modelos predefinidos, deben construir sus políticas de integridad teniendo en cuenta las

(19) Orden del día N.º 560, del 20 de septiembre de 2017.

(20) El proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso Nacional establecía en su artículo 23, que el programa debía ser “efectivo”, calificación que fue modificada durante el debate, conjuntamente con el modelo de imputación.

(21) El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados era más claro al respecto. En tal sentido, en su artículo 29 establecía: “Se considera que un programa de integridad es adecuado cuando guarda relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la persona jurídica, con su dimensión, y su capacidad económica, a los fines de prevenir, detectar, corregir y poner en conocimiento ante las autoridades correspondientes los hechos delictivos abarcados por esta ley. No podrá ser alegado como causal de atenuación cuando de

particularidades de la entidad en la cual regirán, circunstancia que será evaluada por el fiscal o juez —en el marco del eventual proceso penal— o por la Comisión Evaluadora de Ofertas —si se invoca su existencia para cumplir con el recaudo legal en una contratación administrativa—.

Cabe señalar que la ley también se preocupó por establecer recaudos mínimos esenciales —con los que ineludiblemente debe contar un programa— y otros cuya inclusión dependerá de las características de la persona jurídica para la cual fue diseñado, componentes que eventualmente podrán resultar necesarios en función de los riesgos particulares que se buscó mitigar.

Entre los primeros, se encuentran:

a) Códigos de ética o conducta o bien políticas y procedimientos de integridad, aplicables a todos sus integrantes, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en la ley.

b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público.

c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores y empleados.

Entre los segundos, la ley enumera:

a) El análisis periódico de riesgos y la adaptación del programa de integridad.

b) El apoyo “visible e inequívoco” de las altas autoridades (se trata del denominado *tone from the top*).

c) Canales internos de denuncia de irregularidades abiertos a terceros y adecuadamente difundidos.

d) Políticas de protección de denunciantes contra represalias.

e) Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta.

f) Procedimientos de debida diligencia para comprobar la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios (proveedores, distribuidores,

la evaluación efectuada por el juez surgiera que el programa falló en el caso concreto por falta de aplicación, de seguimiento o de supervisión”.

prestadores de servicios, agentes e intermediarios) al momento de su contratación.

g) También debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para verificar irregularidades, hechos ilícitos o la vulnerabilidad de las personas jurídicas involucradas.

h) Monitoreo del programa y evaluación continua de su efectividad.

i) Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad (refiere al llamado *compliance officer*).

j) Cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades nacionales, provinciales o municipales que rijan la actividad de la empresa.

En definitiva, el programa que se diseñe e implemente debe responder a los riesgos de corrupción propios de la organización, contener previsiones para desalentar prácticas irregulares o ilegales y contar con dispositivos que permitan prevenir, detectar y sancionar tales inconductas.

Cabe señalar que la versión que obtuviera dictamen favorable de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación⁽²²⁾ no distinguía entre elementos obligatorios y opcionales. Enumeraba una lista de componentes sin establecer ningún orden de prelación o importancia. También aquí nos parece que acierta la ley y le brinda razonabilidad a la regulación, pues flexibiliza las exigencias para aquellas personas jurídicas que, por su dimensión y limitada capacidad económica, podrían no estar en condiciones de implementar un programa con tan elevado nivel de despliegue.

En el decreto reglamentario N.º 277/2018, el Poder Ejecutivo encomendó a la Oficina Anticorrupción⁽²³⁾ el establecimiento de los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley N.º 27.401. En ejecución de dicha encomienda, la OA dictó tres resoluciones que aprueban: los “Lineamientos para la elaboración de programas de integridad” (Resolución OA N.º 27/2018), una “Guía Complementaria para la implementación de programas de integridad en PYMES” (Resolución OA N.º 36/2019) y una “Guía para el desarrollo de

(22) Orden del día N.º 560, del 20 de septiembre de 2017.

(23) La Oficina Anticorrupción fue creada por la ley N.º 25.233 en el ámbito del entonces Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicha norma le encomienda la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional. Hoy es un organismo desconcentrado del Ministerio de Justicia, pero goza de independencia técnica y cumple sus funciones sin recibir instrucciones del citado ministro ni de ninguna otra autoridad superior del Poder Ejecutivo Nacional (conf. decreto N.º 54/2019 modificado por decreto N.º 45/2023).

políticas de integridad en empresas con participación estatal” (Resolución OA N.º 10/2022).

Como señala Martínez, “tales estándares no tienen la fuerza vinculante de un auténtico reglamento, pero tampoco pueden ser considerados a la par de la simple doctrina o literatura académica”. La circunstancia de haber sido dictados en virtud de un mandato legal les confiere una legitimidad adicional y, aunque no resulten obligatorios, pueden tener un peso decisivo en las decisiones de jueces, fiscales y autoridades, tanto en el ámbito penal como administrativo⁽²⁴⁾.

Este conjunto de disposiciones legales, reglamentarias y lineamientos constituye un verdadero sistema normativo a través del cual, desde el Estado, se busca promover y consolidar una cultura de cumplimiento e integridad en el ámbito privado. Ello con la convicción de que dichos valores empresariales contribuirán a reforzar la prevención, detección, investigación y sanción de los hechos de corrupción y generar ambientes de negocios más justos y transparentes.

III.2. Los dilemas que presenta la acreditación de los programas de integridad en el marco de las contrataciones públicas

La reglamentación de la ley N.º 27.401 estipula que la existencia del programa de integridad como condición necesaria para contratar con el Estado Nacional, deberá ser acreditada junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria (art. 3º del decreto N.º 277/2018).

Actualmente los mecanismos de acreditación difieren según estemos en presencia de contratos de obra pública o concesión de obra pública, o de suministro de bienes y servicios.

En el primer caso, el decreto N.º 1169/2018 establece como mecanismo de acreditación, la presentación de una declaración jurada estandarizada (“Modelo de Declaración Jurada sobre la Existencia de Programas de Integridad Adecuados ley N.º 27.401”), formulario conformado por una lista de ocho preguntas —la última de ellas, de opción múltiple— que deben ser respondidas por sí o por no, tildando en un casillero. Se trata de un documento en formato .pdf que no permite su tratamiento ni evaluación masiva y automatizada (lo que haría posible un mejor control y la obtención de infor-

(24) MARTÍNEZ, D., “La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal”, en obra colectiva, “*Compliance*, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria”, Carlos M. González Guerra et. al; dirigido por Raúl Ricardo Saccani; Nicolás Durrieu, La Ley, Buenos Aires, 2018, pág. 291.

mación estadística valiosa para analizar la eficacia de esta política pública) ni, por supuesto, aporta información de calidad ni documentación complementaria respecto de los programas que deben ser valorados⁽²⁵⁾.

La situación difiere parcialmente con relación a los contratos de bienes y servicios, regidos por el decreto N.º 1023/01. Inicialmente estos no contaron con una reglamentación particular, pero —como regla— en los pliegos de bases y condiciones de la contratación se exigía la presentación del formulario vigente para las obras públicas.

En 2021 la Oficina Anticorrupción creó el Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades (RITE) que consiste en una plataforma *on line* de registro de programas de integridad, a la que haremos referencia en los próximos apartados. En ese marco, por Comunicación Conjunta de la Oficina Nacional de Contrataciones y de la Oficina Anticorrupción (Comunicación ONC N.º 18/2022 y Circular OA-DPPT N.º 4/2022 del 26 de diciembre de 2022), se recomendó a los organismos contratantes que, en los pliegos de bases y condiciones particulares, establezcan como modo de acreditar la existencia del programa de integridad conforme los artículos 22 y 23 de la ley N.º 27.401 el documento descargado por el usuario en la plataforma identificado como “Reporte/Presentación RITE” o, en su defecto, la declaración jurada aprobada por decreto N.º 1169/18.

Esta opción fue confirmada en el Pliego General de Bases y Condiciones aprobado por la Oficina Nacional de Contrataciones mediante Disposición ONC N.º 62/2024 del 30 de julio de ese año, pasando a regir para la totalidad de contrataciones de bienes y servicios⁽²⁶⁾.

Como se verá a continuación, el RITE es una herramienta que aporta valor a la acreditación de los programas de integridad, pues les permite a las autoridades acceder no solo a un mayor nivel de detalle respecto de sus características, sino que —además— aporta constancias documentales de su contenido, contribuyendo a una mejor valoración de la adecuación del programa, de conformidad a lo que exige la ley.

IV. EL REGISTRO DE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA PARA EMPRESAS Y ENTIDADES. UNA VALIOSA HERRAMIENTA PARA EL DESARROLLO, ACREDITACIÓN Y CONTROL DE LOS PROGRAMAS DE INTEGRIDAD

Como se anticipó, en cumplimiento de su mandato institucional —que comprende el diseño e implementación de políticas de integridad

(25) El Formulario correspondiente fue aprobado por el artículo 7º del decreto 1169/2018 y conforma el Anexo III.

(26) Disposición ONC N.º 62/2024, artículo 18 “Requisitos de las Ofertas”, punto 6.

sobre el sector privado— la Oficina Anticorrupción creó y puso en marcha el Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades (RITE)⁽²⁷⁾, una plataforma web que no solo contribuye con la implementación de la exigencia impuesta por la ley N.º 27.401 en materia de contrataciones públicas, sino que —como veremos— va mucho más allá de este cometido.

RITE es una herramienta digital, disponible *on line*, voluntaria y gratuita, en la cual las empresas y entidades pueden registrar sus programas de integridad, a través de respuestas a cuestionarios auto administrados que se refieren a los distintos componentes que estos pueden tener.

Su construcción fue colaborativa, en un proceso participativo que contó con la mirada de los distintos actores —públicos y privados— impactados por esta política: organizaciones no gubernamentales con incumbencia en temas de integridad y transparencia, universidades, empresas y entidades que las nuclean, expertos y representantes de distintos organismos públicos. Se realizaron siete mesas de trabajo —multidisciplinarias e intersectoriales— en las que se recibieron más de 500 aportes vinculados al diseño y dinámica de la plataforma, a su contenido, al alcance de los cuestionarios auto administrados, al impacto de las respuestas sobre el nivel de avance de los programas, a los requerimientos documentales, etc.

Finalmente, en diciembre de 2022 se aprobó el desarrollo del registro, su reglamento y su política de información, privacidad y confidencialidad⁽²⁸⁾.

Hoy cuenta con 4 módulos temáticos independientes, que responden a una mirada más abarcativa y sostenible de la integridad, la cual no se agota en el cumplimiento de los recaudos previstos en la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas:

a) *Módulo Integridad.*

Este es el módulo principal del Registro donde las empresas o entidades cargan los distintos componentes de sus programas de integridad desde la perspectiva de la ley N.º 27.401: evaluación de riesgos; políticas y procedimientos; compromiso de la alta dirección; función de cumplimiento; incentivos y medidas disciplinarias; debida diligencia hacia terceras partes; debida diligencia en procesos de transformación societaria; gestión del canal de integridad; mejoras continuas; pruebas periódicas; revisión e investigación interna.

(27) Se puede acceder a la plataforma a través del siguiente enlace: <https://www.rite.gob.ar>.

(28) Resolución OA N.º 25/2022.

b) *Módulo Debida Diligencia.*

La sección de debida diligencia refleja información de las organizaciones vinculada a sus riesgos de corrupción y políticas de mitigación. Posee los siguientes componentes: Debida diligencia (interacción con el Estado ya sea a través de contratos, subsidios o ayudas económicas; uso de intermediarios; empleo de exfuncionarios; etc.), antecedentes judiciales y acciones de remediación y beneficiarios finales. Solo pueden acceder terceros, previa autorización de la empresa registrada.

c) *Módulo Género.*

En línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (ODS 2030), en este módulo las empresas y entidades registran y visibilizan sus políticas y acciones de igualdad de género, inclusión y diversidad, prevención de todo tipo de violencia, cuidado, entre otras.

d) *Módulo Datos Personales.*

El módulo, que se puso en marcha el pasado mes de junio, sirve de guía a las organizaciones para conocer su estado de situación en cuanto a las políticas de privacidad. Permite registrar cuáles son los datos personales tratados por las empresas o entidades, las características de sus planes de protección de datos, la realización de una evaluación de riesgo en este sentido, la existencia de un área específica o responsable interno de protección de datos, el compromiso de la alta dirección al respecto, la implementación de medidas de responsabilidad proactiva demostrada, las acciones de capacitación y la existencia de canales de comunicación y reporte. Fue desarrollado en colaboración con la Agencia de Acceso a la Información Pública y reviste gran utilidad para las empresas que manejan grandes volúmenes de datos personales.

IV.1. Características de la plataforma

Como se anticipó, RITE es un registro voluntario, pues actualmente no resulta obligatorio para acreditar el cumplimiento del recaudo exigido por la ley N.º 27.401 para contratar con el Estado Nacional, aunque es previsible que lo sea en el futuro. Además es gratuito, pues su uso no demanda el pago de ninguna retribución ni genera ningún costo para las empresas y entidades.

Por otra parte, se trata de una herramienta dinámica, ya que permite la continua modificación de los programas registrados. Los que fueron dados de alta con anterioridad se mantienen como versiones históricas, quedando disponible exclusivamente el último cargado. Esto atiende a una de las características que deben tener estos programas: su constante monitoreo y

adaptabilidad a los nuevos riesgos que se vayan presentando a lo largo de la vida de la empresa.

RITE es una plataforma federal, toda vez que pueden registrarse empresas y entidades de todo el país. Además, si bien ha sido desarrollado por el Gobierno Nacional, los gobiernos subnacionales que también requieran —en sus normas o pliegos— que los oferentes cuenten con programas de integridad para contratar con el sector público, pueden acceder a distintos niveles de información sobre los mismos a través de permisos otorgados por la Oficina Anticorrupción.

Contempla dos grandes secciones:

a) El registro: donde —como vimos— los usuarios dan cuenta de sus políticas de integridad, género, protección de datos y debida diligencia.

b) La caja de herramientas: donde los interesados —se encuentren o no inscriptos en la plataforma— pueden acceder a material (a los cuestionarios que conforman los distintos módulos, a los glosarios de términos, a guías y material audiovisual) para construir sus programas, autoevaluarlos y —eventualmente— mejorarlos y enriquecerlos.

Además, pone a disposición de los interesados un “simulador”⁽²⁹⁾ donde las empresas o entidades pueden ensayar la registración de su programa y medir su nivel de avance, sin que en la plataforma quede constancia de la información ingresada a modo de prueba. Ello les permite a los interesados continuar con el desarrollo de sus políticas si advierten que no pueden responder positivamente las distintas preguntas de la herramienta, usando como guía, precisamente, estos cuestionarios auto administrados.

IV.2. Proceso de registración

El procedimiento es muy simple. Como primera medida, las empresas o entidades se clasifican respondiendo unas pocas preguntas sobre su tipo de organización (empresa privada, empresa con participación estatal, asociaciones civiles y fundaciones y mutuales y cooperativas), su actividad (agropecuaria, comercio, construcción, industria y minería o servicios), su nivel de ingresos y la cantidad de personal.

Los parámetros empleados para la clasificación son los estipulados por las autoridades de aplicación en esta materia (en el ámbito del Ministerio de Economía). Este paso es importante, pues la categorización que realiza en forma automática la plataforma determina el tipo de cuestionario que debe responder la empresa para registrar su

(29) Se puede acceder al simulador a través del siguiente enlace: <https://www.rite.gob.ar/simulacion>.

programa de integridad: será más extenso y detallado conforme aumente el tamaño de la organización, pues sus políticas deben tener —para que el programa sea adecuado— un mayor grado de desarrollo.

A continuación las empresas o entidades deben seleccionar el módulo que desean responder. Pueden optar por completar uno de ellos, varios o todos, ya que operan en forma independiente. El módulo que emplean los organismos de control para evaluar los programas de integridad es el de “integridad”.

Al ingresar a cada módulo, los usuarios acceden a un cuestionario auto administrado en el que responden una serie de preguntas cuyas respuestas impactan sobre la calificación del nivel de madurez del programa: Inicial (cuando cumple los requisitos mínimos estipulados en la ley), Medio y Avanzado. Se puede acceder al reporte final al concluir y confirmar la carga.

Algunas preguntas —respondidas afirmativamente— deben respaldarse documentalmente. Por ejemplo, si se responde que se posee un código de ética, se lo debe cargar en la plataforma.

Es importante destacar que la herramienta no emite un certificado de “adecuación” del programa de integridad. Es un instrumento que contribuye a su evaluación por las autoridades penales y/o administrativas correspondientes, proporcionándoles información de calidad y documentación respaldatoria relevante.

IV.3. Visualización de la información registrada

La información que se visibiliza es diferente, según quién sea el consultante:

a) Las empresas usuarias pueden acceder a su propio programa (en las distintas versiones registradas) y también a los componentes del programa de integridad de otras empresas que poseen su mismo nivel de avance. Esto les permite usar la plataforma como una herramienta para realizar sus procesos de debida diligencia.

b) Las autoridades —en el marco de sus respectivas competencias— pueden visualizar toda la información registrada, tanto las respuestas brindadas a los cuestionarios como la documentación cargada.

c) Finalmente, la ciudadanía puede conocer si la empresa está o no registrada en RITE y acceder al reporte sobre el nivel de madurez/avance de su programa de integridad. Es decir, no puede ver de qué modo respondieron las empresas cada una de las preguntas de los cuestionarios ni la documentación de respaldo.

IV.4. Valor agregado de la plataforma

Al mes de junio de 2024, RITE contaba con 366 organizaciones de todo el país registradas, un 75% de ellas micro, pequeñas y medianas empresas. El 52% de los usuarios pertenecían al sector “servicios”, y un 20% al de “industria y minería”.

Más allá de su utilidad para acreditar ante las autoridades competentes el cumplimiento de la exigencia de contar con programas de integridad, RITE tiene un significativo valor para las empresas y entidades.

En primer lugar, actúa como una guía para el desarrollo de sus programas de integridad y —a través del simulador o la consulta a la caja de herramientas— permite a los interesados evaluar el nivel de maduración de los que poseen. Además, brinda visibilidad a las políticas de cumplimiento de las empresas, lo que repercute en términos reputacionales.

Estas políticas no solo son una obligación legal, sino también una estrategia de negocio inteligente. Las empresas que adoptan prácticas éticas fortalecen su reputación, ganan la confianza de sus clientes y socios, y se posicionan mejor para atraer inversiones.

La herramienta ha sido valorada positivamente en múltiples ámbitos. En un trabajo copublicado recientemente por la OCDE y la ONU, donde se aborda el rol de los gobiernos y la necesidad de que estos provean orientación al sector privado respecto a la lucha anticorrupción, se menciona al RITE como un caso de estudio relevante de implementación de políticas de integridad⁽³⁰⁾.

Y ya comienzan a aparecer casos en donde sus estándares son tenidos en cuenta en el marco de procesos penales en los que existen empresas involucradas. En efecto, en el marco del primer acuerdo de colaboración eficaz celebrado en nuestro país bajo las disposiciones de la ley N.º 27.401 (caso *Securitas*) la empresa asumió, entre otros compromisos, el de someter a revisión su programa de integridad a fin de determinar su adecuación a los términos de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas “tomando como referencia los requerimientos establecidos en el Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades (RITE) diseñado por la Oficina Anticorrupción. Ello a fin de determinar su nivel de desarrollo y —en su caso— proceder a la adecuación hasta alcanzar un nivel de desarrollo avanzado conforme las pautas establecidas por la aludida Oficina...”. De este modo, se reconoce el valor de los estándares y procesos de la herramienta creada y administrada por la Oficina Anticorrupción.

(30) OCDE, “Guía de recursos sobre medidas estatales para fortalecer la integridad empresarial” Disponible en: <https://shorturl.at/q6UYQ> (última consulta: 16.09.2024).

V. CONCLUSIONES

La convicción de la necesidad de un abordaje complejo, sistémico y multisectorial de la corrupción ya se ha consolidado y hoy nadie discute que cualquier mirada unidimensional del fenómeno resulta pobre e insuficiente.

En este marco, la dicotomía entre políticas anticorrupción estatales (diseño y adopción políticas públicas orientadas a la prevención, detección, control y sanción de la corrupción) y el *compliance* empresarial (función de las empresas destinada a prevenir el incumplimiento normativo y a fomentar una cultura de integridad en la organización a partir de una adecuada autorregulación interna), es más aparente que real. Ambos representan dos caras de la misma moneda y tienen un fin común: preservar la ética y probidad de sus procesos y agentes.

Esa integración y objetivo compartido se potencia en los espacios de interacción entre ambos y, en particular, en el ámbito de las contrataciones públicas. Allí la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ha impactado de lleno en el *compliance* empresarial, al imponer estándares mínimos y recaudos a los programas de integridad desarrollados en el ámbito de las organizaciones privadas como condición para atenuar o eximirse de responsabilidad penal —si han cometido un delito de corrupción— e incluso sin que hubiere mediado una irregularidad, si desean participar de grandes contrataciones con el Estado Nacional.

Ahora bien, las normas y políticas estatales que —como la señalada precedentemente— se impulsen desde el Estado, deben estar acompañada de herramientas adecuadas que, haciendo uso de la tecnología, faciliten su implementación, posibiliten el cumplimiento de su fin último y —a la par— aporten valor para las empresas.

El Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades (RITE), si bien aún tiene oportunidades de mejora, realiza un importante aporte en este sentido.

Desde el punto de vista del Estado, esta plataforma mejora los niveles de integridad en la contratación y permite una valoración más realista del cumplimiento de la exigencia de contar con programas de integridad prevista en la ley N.º 27.401 y de su carácter “adecuado”.

A las empresas o entidades, como se anticipó, les brinda una guía para autoevaluar, enriquecer y mejorar sus programas y un medio para visibilizarlos, tanto frente a las autoridades, como ante sus pares y la ciudadanía, demostrando su compromiso con la integridad y la transparencia, valor que indiscutiblemente constituye una ventaja competitiva en el mercado.

Resulta deseable que sigan desarrollándose estrategias que tengan por objeto fortalecer la cultura de integridad, tanto del sector público como del sector privado, a fin de potenciar los esfuerzos comunes contra la corrupción, flagelo que no solo impacta sobre el Estado y sus instituciones, sino también sobre la sociedad y la satisfacción de sus necesidades.

Sólo un trabajo conjunto y coordinado Estado-Empresa resultará eficaz para reducir los riesgos de irregularidades en las contrataciones públicas y permitirá que estas transacciones sean íntegras, es decir, cumplan con la finalidad de bien común buscado con su realización, en un marco de cumplimiento y buena gobernanza, en el que se respeten los principios de probidad, concurrencia, competencia, equidad, independencia de criterio, responsabilidad y transparencia en todas sus instancias.

Ello se traducirá, sin dudas, en mejores bienes, servicios y obras para los ciudadanos y en la creación de ámbitos propicios para que estos desarrollen sus proyectos de vida.