

0/£.46
F 11

43390

I

CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES

PROVINCIA DE SALTA

“ANÁLISIS DE LAS MODALIDADES DE

CONTRATACIÓN DEL ESTADO

NACIONAL Y PROVINCIAL”

INFORME PARCIAL



EXPERTO: Cr. FARALDO FERNANDO

AGOSTO 2002

INDICE

Página

CAPITULO I:

Aspectos Conceptuales

1. Introducción. Historia de los Contratos.....	1
2. Contrato.....	6
2.1. Definición.....	6
2.2. Análisis Breve de cada carácter del contrato privado.....	8
2.2.1. Sujetos.....	8
2.2.1.1 Capacidad	9
2.2.2. Objeto.....	11
2.2.3 Forma de los Contratos.....	12
2.3. Fuerza Obligatoria de los Contratos entre las Partes.....	13
3. Contratos Administrativos: Principios.	15
3.1. Introducción.....	15
3.2. Concepto.....	16
3.2.1 Análisis de la Definición.....	17
3.3. Elementos.....	19
3.3.1. Sujetos.....	20
3.3.1.1. Competencia y Capacidad.....	22
3.3.2. Voluntad. Consentimiento.....	25
3.3.3. Objeto.	29
3.3.4. Forma.....	32
4. Caracteres y Regimen Jurídico del Contrato Administrativo.....	34
4.1. Formalismo... ..	35
4.2. Prerrogativas de la Administración.....	35
4.2.1. Desigualdad Jurídica.	36
4.2.2. Cláusulas Exorbitantes.	37
4.3 Derechos y Obligaciones Personales.....	39
4.3.1. La Cesión del Contrato y la intransferibilidad Contractual.....	39

4.3.2 La Subcontratación o Contratación Derivada.....	39
4.4. Efectos Respecto de Terceros.....	41

CAPITULO II:

Clases de Contratos Administrativos

5. Introducción.....	42
6. Clases de Contratos Administrativos.....	44
6.1. Empleo Público.....	44
6.1.1. Caracteres.....	45
6.1.2. Naturaleza Jurídica.....	46
6.1.3. Requisitos Para Ingresar a la Relación de Empleo Publico.....	47
6.1.4. Derechos y Deberes.....	51
6.1.4.1. Estabilidad. Retiro Voluntario.....	52
6.1.4.2. Retribución por sus Servicios.....	53
6.1.4.3. Igualdad de Oportunidad en la Carrera.....	54
6.1.4.4. Licencias. Justificaciones y Franquicias.....	54
6.1.4.5. Jubilación o Retiro.....	55
6.1.4.6. Propiedad Social y Participación en las Ganancias.....	55
6.1.5. Deberes y Prohibiciones de los Agentes Públicos.....	55
6.1.5.1. Prestación Personal.....	56
6.1.5.2. Relación Jerárquica.....	56
6.1.5.3. Deber de Obediencia.....	56
6.1.5.4. Conducta Decorosa.....	56
6.1.5.5. Ética Publica.....	57
6.1.5.6. Reserva y Discreción.....	57
6.1.5.7. Promoción de Acciones Judiciales.....	57
6.1.5.8. Deber de Dedicación.....	57
6.1.5.9. Prohibiciones.....	58
6.1.5.10. Responsabilidad.....	58
6.1.5.11. Adscripción.....	58

6.1.5.12.Extinción del Contrato.....	59
6.2 Obra Publica.....	59
6.3 Concesión de Obras Públicas.....	63
6.4 Concesión de Servicio Publico.....	65
6.5 Contrato de Suministro.....	69
6.5.1 Concepto.....	69
6.5.2 Caracteres.....	70
6.6 Empréstito Publico.....	70
6.6.1. Etapas.....	71
7.Otros Contratos Administrativos.....	73
7.1. Concesión de Uso de Bienes de Dominio Publico.....	73
7.2. Contrato de Transporte.....	73
7.3 Locación.....	73
7.3.1. Locación de Servicios.....	74
7.3.2. Locación de Cosas.....	74
7.4. Contrato de Deposito.....	75
7.5. Contrato de Fianza.....	75
7.6. Venta de Bienes	76
7.7. Contrato Aleatorio.....	77

CAPITULO III:

Procedimiento de La Adjudicación

8. La Licitación Publica.....	78
8.1. Concepto Jurídico de la Licitación Publica.....	78
8.2. Requisitos o Principios Jurídicos.....	86
8.3 Excepciones al Procedimiento de la Licitación Publica.....	91
8.4 Fracaso Del Llamado a Licitación.....	100
8.5 Fases de la Licitación Publica.....	102
8.5.1. El Pliego de Condiciones.....	102
8.5.2. Llamado a Licitación y Publicidad.....	109
8.5.3. La Oferta.....	119

8.5.4. Recepción de las Ofertas.....	123
8.5.5. Adjudicación de la Licitación.....	131
9. La Licitación Privada.....	141
10. La Contratación Directa.....	148
11. La Contratación Directa.....	157

CAPITULO 1

ASPECTOS CONCEPTUALES

1. Introducción. Historia de los Contratos.

Según la Enciclopedia Digital, Encarta 2000, en Roma ya existía un *numerus clausus* de *contractus*, pero no una categoría general de contrato, y los demás acuerdos eran contratos, sin ninguna eficacia jurídica. Mas tarde se logró dar cierta eficacia jurídica a los simples acuerdos mediante formas solemnes. En este mismo sentido apareció la forma *literal*, por la cual se inscribía en el libro de contabilidad doméstica del deudor la obligación, y la forma *real*, por la que al entregar un bien surgía la obligación de restituirlo. Todo lo anterior no son más que ritos y procedimientos usuales, que otorgaban una

vinculación jurídica a la obligación que mediante ellas se constituía, pero esa vinculación provenía de la forma, y no del propio acuerdo de voluntades. Con los años se concretaron y especificaron en Roma los contenidos contractuales, que eran los más básicos para una sociedad como la romana: compraventa, arrendamiento de bienes y servicios, mandato y sociedad.

En este momento de la historia seguía sin perfilarse la figura del contrato y sólo podemos hablar de contenidos contractuales, unos típicos y otros innominados, pero en ningún caso la voluntad era suficiente para obligarse.

La llegada del Derecho de los pueblos germanos implicó un retroceso respecto a la incipiente evolución hacia la categoría de contrato, por cuanto estas comunidades mezclaban un fuerte elemento formal con elementos simbólicos, e incluso el miedo a la venganza privada era una de las razones para que se procediera al cumplimiento de los acuerdos. Una influencia mucho más modernizadora supuso la del Derecho canónico, que mantenía la obligación de veracidad y la de respetar la palabra dada. Hay que tener en cuenta que la figura actual

del contrato, tal como la conocemos, no deriva de los *contractus* romanos, sino de los pactos.

En el ámbito del Derecho mercantil existían los tribunales de comercio para juzgar todas las materias que le concernieran y su jurisprudencia fue la primera en reconocer que *solus consensus obligat* ('basta el acuerdo para obligar'). Por las exigencias del tráfico mercantil, no se podía vincular la eficacia jurídica de los pactos al cumplimiento de ciertas formalidades y por ello es claro que en esta rama del Derecho se comenzara a admitir la eficacia de los simples pactos.

En la edad moderna, los teóricos del Derecho natural, que en cierta medida secularizaron las ideas previas al Derecho canónico, admitieron sin reserva la voluntad como fuente de obligaciones. Fue Hugo Grocio quien en su obra *De iure bello a.C. pacis* fundó todo su sistema en la "necesidad de cumplir las propias promesas". Aparece por tanto el contrato como categoría donde el pilar básico es la simple voluntad de obligarse. Estas ideas se mostraron en consonancia con el pensamiento individualista y revolucionario de todos los juristas que influyeron en la redacción del Código de Napoleón (1804), como

Domat o Pothier. Hemos de recordar que en esta época el contrato era una institución tan valorada, que incluso se situaba en el fundamento constitutivo de la sociedad política (el contrato social) o se hablaba del matrimonio como contrato matrimonial. Fruto de todas estas influencias, el artículo 1134 de dicho Código afirma: “las convenciones formuladas conforme a las exigencias de la legalidad adquieren fuerza de ley entre las partes”. Este artículo supone una definición de la moderna categoría del contrato, que además gozaba de grandes virtudes para los revolucionarios, pues rompía obstáculos para la contratación del Antiguo Régimen y favorecía a la clase en ascenso, la burguesía, reforzando la dinámica del desarrollo industrial. De este modo se llegó al concepto de contrato hoy vigente que ha pasado a todos los códigos modernos y que puede sintetizarse con palabras sencillas en la fórmula antes citada: acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos.

En la actualidad se habla de la crisis de la figura del contrato, o más bien, de la crisis de los presupuestos que originaron el contrato. De hecho, el acuerdo que representa la base del contrato, se suponía que debía tener lugar entre voluntades libres e iguales, lo cual no es del todo

cierto hoy en día. La realidad social muestra que la libertad, a la hora de contratar, no existe o está muy limitada en casos. Por ejemplo, en los contratos de suministros de gas, agua, electricidad, en los que es habitual que operen compañías en régimen de monopolio, o en otros, donde solo se alcanza una cierta capacidad para elegir entre unos muy reducidos oferentes (por ejemplo, las compañías aéreas). Por otro lado, la igualdad no existe tampoco entre un empleador y alguien que necesita trabajar para ganar su sustento o entre un banco y una persona necesitada de un préstamo. De todo ello se deduce que si bien la figura general del contrato sigue vigente, se han creado otras modalidades de acuerdo como son los contratos en masa, forzosos, normados o normativos. También los legisladores han acogido esta problemática dictando leyes que en muchos aspectos limitan la antigua autonomía contractual donde sólo la voluntad dictaba el contenido de los pactos y compromisos, como las leyes en defensa de la competencia o las de protección de consumidores.

2.- Contrato.

2.1- Definición.

El diccionario Everest define al contrato como “Acuerdo entre dos o más partes, que tiene por objeto establecer una obligación de carácter patrimonial. Instrumento en el que esta contenido el referido acuerdo”

En el diccionario de Jurídico de Garrone, Contrato:” Es el acto jurídico de contenido obligacional. El acuerdo de varias personas manifestado de conformidad a la ley “sobre una declaración de voluntad común destinada de reglar sus derechos”

Nuestro código civil, pretendiendo que toda situación jurídica debe tener, necesariamente, por origen una relación entre dos o mas voluntades, define al contrato en el Art. 1.137, diciendo que “ Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.”

Algunos como Zaffaroni, entienden que “Los contratos son, básicamente, convenios o acuerdos de voluntades entre dos o mas

personas sobre determinados temas, con el objeto de lograr objetivos comunes”.

Ahora bien, en el ámbito de derecho privado, se entiende que El contrato interesa como fuente de derecho y obligaciones, que exige determinados requisitos para dotarlo de validez, como ser el consentimiento de las partes, la capacidad para contratar de los intervinientes, una cosa cierta que forme la materia de la obligación, y una causa lícita. Dichos contratos, cuando reúnen estas características, tiene fuerza de ley para las personas que los han hecho y no pueden revocarse sino por el mutuo consentimiento de estas o por las causales que las leyes designan. Los contratos, no solamente obligan a lo que en ellos se expresa, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza les da equidad, el uso o la ley.

En el ámbito comercial, lo que lo diferencia del contrato civil, es la naturaleza del acto que lo motiva.

No constituye, materia de este trabajo, el comparar los contratos civiles y comerciales, ni ampliar dichos conceptos, simplemente pretende ser una referencia, escueta.

Ahora bien, llegado a este punto, se hace necesario, analizar, los caracteres de los contratos en el ámbito privado.

Tomemos de base la definición de nuestro código civil, de ella surge la existencia de personas (sujetos), ya sea de existencia física o ideal, tiene que haber una materia o acuerdo (objeto), o sea elemento objetivo de lo que se quiere lograr con este contrato, declaración de voluntad (forma), y la obligación de las partes de cumplir lo acordado.

2.2. Análisis breve de cada carácter del contrato privado.

2.2.1 Sujetos.

Son las personas que intervienen en la celebración del contrato, el código civil en el Art. 30, define a las personas como aquellos entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones. Dichas personas pueden ser de existencia visible o ideal, pudiendo ambas,

adquirir derechos y contraer obligaciones (establecidas en el código).
Siendo las de existencia ideal las que no son de existencia visibles.
Además distingue las personas jurídicas en privadas y publicas, diciendo que las primeras son:

1. El Estado nacional, las provincias y los municipios.
2. Las entidades autárquicas.
3. La Iglesia Católica.

Por su parte las segundas son:

1. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.
2. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

2.2.1.1 Capacidad.

Estos sujetos, tienen que ser capaces para contratar. Tenemos dos tipos de capacidades, una capacidad de derecho, que es la aptitud para gozar de los derechos y una capacidad de hecho, que es la aptitud para ejercerlos. La regla general es la capacidad, por ello es que la ley, se encarga de enumerar los incapaces y de precisar cual es la medida de su incapacidad, ergo, cuando no se encuentra establecido por ley algún impedimento o prohibición, se entiende que hay aptitud para contratar.

El código civil en su Art. 1160, se encarga de enumerar los incapaces para contratar, estableciendo que, No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores.

En el ordenamiento argentino, no existen los incapaces de derecho, existiendo si, los incapaces de hecho, dentro de ellos tenemos los incapaces absolutos, que según el Art. 54 del CC, son:

1. Las personas por nacer. Por razones obvias.

2. Los menores impúberes. Menores de 14 años.

3. Los dementes. Tenemos de dos tipos los declarados en juicio y los que no, los primeros adolecen de incapacidad absoluta. Los segundos son en principio capaces, pero los contratos por ellos celebrados pueden ser anulados bajo determinadas circunstancias.

4. Los sordo-mudos que no saben darse a entender por escrito.

2.2.2 Objeto.

Es la prestación prometida por las partes, la cosa o hecho sobre la que recae la obligación contraída. El Art. 953 que el (Art. 1167 declara aplicable a los contratos) dice: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos

jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.”. De esto se deduce que el objeto tiene que ser Determinado, Debe ser posible, lícito y conforme a la moral y las buenas costumbres.

2.2.3. Forma de los contratos.

Según el Art. 973 del CC “la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico. tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”

Hay algunos contratos que deben ser realizados por escritura pública, para que tengan validez, ellos son:

1. Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;
2. Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediere convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión;
3. Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones;

4. Las convenciones matrimoniales;
5. Toda constitución de renta vitalicia;
6. La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios;
7. Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública;
8. Las transacciones sobre bienes inmuebles;
9. La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública;
10. Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;
11. Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.

2.3. Fuerza obligatoria de los contratos entre las partes.

Dijimos que los sujetos, cuando contratan, aceptan que, las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. (Art. 1197 CC)

Además, el Art. 1198. dice que “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Cabe aclarar que este punto consiste solamente en una breve introducción, para ampliar y profundizar los conceptos aquí expuestos, se recomienda consultar la bibliografía base de este trabajo.

3.- Contratos Administrativos: Principios.

3.1.- Introducción

El contrato administrativo, es una forma de exteriorización de la actividad administrativa, es una especie dentro del genero contrato, y su especificidad esta dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos, en síntesis por su régimen jurídico.

Aun, en aquellos casos en que el contrato celebrado entre el estado y un particular pudiera regirse fundamentalmente por el derecho privado,

Ej. La locación de cosas, se han establecido excepciones que exorbitan el derecho privado, por lo que no podemos hablar de contratos privados o civiles de la administración.

3.2- Concepto.

Para Marienhoff, “Es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”.

Por su parte Mertehikian, expone el criterio de contrato administrativo extraído de la jurisprudencia de la corte suprema, “Es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas (Caso “YPF c/ Pcia de Corrientes) en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal (Caso “Dulcamara” – voto del Dr. Fayt- y “Cinplast”), cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado (Caso “Cinplast”, “Dulcamara” y también con otras palabras, “YPF c/ Pica de Corrientes”)

Según Dromi, “El Contrato público o el negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas.

La caracterización del contrato de la Administración resulta:

a) Del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración;

b) De la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.

Conceptualmente entendemos que contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

3.2.1. Análisis de la definición.

Veamos analíticamente la definición propuesta por Dromi:

1.1 Es una declaración de voluntad común. En el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un

órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra.

Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral.

1.2 Productora de efectos jurídicos. El contrato de la Administración, determina recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos (a diferencia de los simples actos de la Administración) y de manera individual para cada una de las partes (por oposición a los reglamentos, que producen efectos jurídicos generales).

1.3 Entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa. Cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y

judicial) puede celebrar contratos administrativos (Art. 75, inc. 4 y 5, 100, inc. 1, 113 y 114 inc. 3, CN). Los órganos estatales intervinientes pueden corresponder a la Administración central o a entes descentralizados. Pero también celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal.

1.4 Y un particular u otro ente público. El contratista puede ser un particular (persona física o jurídica) u otro ente público (estatal o no estatal). En este segundo caso estaríamos ante un contrato ínter administrativo.

3.3. Elementos

En los contratos administrativos hallamos básicamente, los mismos elementos que en los contratos privados:

1. Sujetos (competencia y capacidad)
2. Voluntad
3. Objeto
4. Forma.

Estos son los elementos esenciales que atañen a la existencia y validez del contrato.

3.3.1. Sujetos:

Las partes del contrato. Los sujetos de los contratos públicos son la Administración Pública en cualquiera de sus grados o clases y los particulares, individual o colectivamente, o también la propia Administración.

En síntesis, pueden ser sujetos de la contratación administrativa: las personas físicas o naturales, las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, estatales o no estatales.

a) La Administración. Pueden ser sujetos de los contratos de la Administración todas las personas públicas, es decir: Estado Nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado, corporaciones públicas, consorcios públicos, juntas vecinales públicas, y

también las personas privadas, que en el caso ejerzan función administrativa por delegación estatal. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son análogas, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.

b) Los contratistas. Pueden ser contratistas de la Administración Pública, las personas privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales.

En el contrato de empleo público será siempre una persona física; en el contrato de concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc., generalmente se tratará de una persona jurídica, aunque nada obsta para que sea una persona física.

C) Contratos Ínter administrativos y uniones administrativas. Esto se da cuando el otro contratante es otro órgano o ente estatal o público no estatal.

Si el contrato se da entre dos entes de la administración, su carácter administrativo no tiene discusión.

3.3.1.1. Competencia y Capacidad.

Los conceptos "competencia" y "capacidad" integran el elemento sujeto. Ambos atañen a la validez del contrato, pues se exige que los sujetos contratantes tengan aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. Por lo tanto, como presupuestos del consentimiento, se exige la capacidad jurídica del contratista de la Administración y la competencia del órgano estatal o del ente que ejerce la función administrativa.

La formación de la voluntad contractual se produce al otorgar los contratantes su consentimiento mediante el procedimiento legal y reglamentario correspondiente, pues la voluntad estatal debe expresarse según las formas especiales que el derecho público prevé.

a) Capacidad jurídica del contratista. Podrán ser contratistas las personas naturales o jurídicas que se hallen en plena posesión de su

capacidad jurídica y de obrar. El Art. 1160 del CC establece expresamente quiénes no pueden contratar. Así carecen de capacidad los incapaces absolutos (Art. 54, CC) y los incapaces relativos en los casos en que les está prohibido (Art. 55, CC). Estos incapaces pueden contratar a través de sus representantes legales (Art. 56, CC). Tema desarrollado mas inextenso, en el pto 2.2.1. Sujetos de los contratos.

Además, el Reglamento de Contrataciones del Estado, determina los requisitos para poder contratar con el Estado (Art. 135, según decreto 426/00, que establece que podrán contratar con el ESTADO NACIONAL todas las personas físicas o jurídicas con capacidad para obligarse y que no se encuentren alcanzadas por las causales previstas en el Artículo 136, que enumera a las PERSONAS NO HABILITADAS, quienes No podrán contratar con el ESTADO NACIONAL a saber:

- a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren suspendidas o inhabilitadas.
- b) Los agentes y funcionarios del ESTADO NACIONAL y las empresas en las cuales aquellos tuvieron una participación suficiente para formar la voluntad social.

- c) Los fallidos, interdictos y concursados, salvo que estos últimos presenten la correspondiente autorización judicial y se trate de contratos donde resulte intrascendente la capacidad económica del oferente.
- d) Los condenados por delitos dolosos.
- e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, Ley N° 24.759.
- f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieren cumplido con sus obligaciones impositivas y/o previsionales.
- g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieren cumplido en tiempo oportuno con las rendiciones de cuentas a que alude el Artículo 8vo. , último párrafo de la Ley N° 24.156.

En síntesis.

Las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista se deben a diversas razones: penales (procesados y condenados), económicas (quebrados, concursados, interdictos), administrativas

(culpables de la rescisión de contratos administrativos), éticas (participación de funcionarios públicos).

b) Competencia de la Administración contratante: alcance. La competencia del órgano estatal para contratar se extiende a las siguientes facultades:

- 1) Aprobar y modificar los pliegos de condiciones;
- 2) Suspender el procedimiento de selección;
- 3) Adjudicar
- 4) Acordar la recepción definitiva
- 5) disponer la resolución y rescisión contractual.

3.3.2. Voluntad. Consentimiento.

Para que haya contrato se requieren dos voluntades válidas y opuestas que concurran a su formación. Una de ellas es la de la Administración y la otra la del contratista. Es decir que se exige para la validez del contrato, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y por otro, la capacidad del contratista. Competencia y capacidad atañen a los sujetos contratantes y son

presupuestos de validez del contrato. El consentimiento como expresión de la voluntad válida común, hace a la existencia del contrato; como recaudo existencial del acto, importa la manifestación de voluntad coincidente de las partes.

El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común o negocial.

El contrato es negocio bilateral. Es la resultante negocial unitaria de manifestaciones provenientes de dos o más partes.

Puede que el consentimiento o lazo jurídico vinculativo resulte de la libre discusión entre la Administración y el contratista, pero las modalidades propias del derecho administrativo y la finalidad de la actividad de la Administración Pública, hacen que la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado contratista a cláusulas prefijadas por el Estado para los respectivos casos. En tales supuestos, la fusión de voluntades se opera sin discusión, por adhesión del administrado (contratante adherente), quien se limita a "aceptar" las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el

Estado (predisponente). La falta de discusión de las cláusulas del contrato no impide que éste exista, aunque en él prevalezcan cláusulas reglamentarias (por ejemplo, pliego de condiciones).

Estas cláusulas de adhesión se destacan por ser:

- 1) PRE-redactadas, conformando un verdadero contrato,
- 2) cláusulas para contratos en general, es decir, de convenciones propuestas a cualquier destinatario.

a) Voluntad contractual tácita. En relación al consentimiento en los actos jurídicos, éste puede ser expreso o tácito; sin embargo, en el caso de los contratos administrativos el consentimiento de la Administración debe ser expreso; no es factible, en principio, el consentimiento tácito, que es admisible en los contratos privados (Art. 1145 y 1146, CC). El silencio administrativo sólo vale como conducta positiva o asentimiento por parte de la Administración, consentimiento tácito, cuando el orden jurídico expresamente lo prevé. La voluntad de la Administración puede manifestarse tácitamente cuando así ha sido pactado por las partes en el contrato y éste se halle en vías de ejecución,

o por la omisión de los actos que debiera emitir si su voluntad fuera contraria a lo actuado por el contratista.

b) Aprobación o autorización administrativa o legislativa del contrato. Control. En ciertas circunstancias la manifestación de la voluntad contractual de la Administración requiere una ley autorizante que concurra a la formación jurídica de la voluntad. A través de dicha ley el Congreso presta su asentimiento o da su consentimiento para que la Administración celebre el contrato, ya sea autorizándolo a priori o aprobándolo a posteriori.

La Administración puede necesitar la autorización legislativa para celebrar determinado contrato o requerir la inversión de fondos que sólo el Congreso puede acordar. En el primer caso la ley simplemente levanta el obstáculo jurídico que impide actuar a la Administración, habilitándola para celebrar el contrato. En el segundo caso, otorga los recursos para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato (crédito presupuestario o autorización de gastar con determinado objeto, hasta la concurrencia de cierta suma, durante determinado tiempo).

La aprobación legislativa supone la participación directa del órgano legislativo en la celebración del contrato, esto es, cuando el contrato debe ser aprobado por ley; pero el contrato es siempre un acto distinto de la ley misma.

Cuando se requiere la aprobación de otro órgano administrativo para la perfección del contrato, la intervención del órgano superior es a fin de completar e integrar la voluntad administrativa. La aprobación es, por tanto, una etapa en el proceso de formación de la voluntad administrativa y el contrato no estará perfeccionado sino con ella.

3.3.3. Objeto.

El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes (Art. 1169, CC).

Los contratos de la Administración pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. Cláusula abierta ésta, que convierte al objeto de la contratación administrativa en prácticamente ilimitado.

Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes del dominio público; por ejemplo, una concesión de uso especial de la dominialidad pública. En el contrato administrativo la Administración, durante la ejecución de él, puede variar unilateralmente, dentro de ciertos límites, y en razón del interés público, el objeto del contrato.

El contenido del contrato debe ajustarse estrictamente a las normas del derecho objetivo, debiendo el objeto ser cierto, posible, determinable o determinado y lícito. El contrato que contenga un objeto ilícito es nulo; por ejemplo, la constitución de un usufructo sobre bienes del dominio público sin ley que autorice a hacerla (Art. 2839, CC); o cláusulas por las

que se renuncia contractualmente a los llamados "poderes de policía". El contrato ilícito por razón del objeto comprende tres especies diferentes: el contrato ilegal, o contrario a las normas; el contrato prohibido, o contrario al orden público, y el contrato inmoral, o contrario a las buenas costumbres (Art. 21 y 953, CC).

La causa, el motivo o la razón determinante de los contratos de la Administración, es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva. Es independiente del móvil que induce a contratar al contratista y del móvil que pueda determinar el contrato en la mente o en la intención del funcionario, que expresa o ejecuta la voluntad de la Administración Pública. Mientras que estas dos últimas son esencialmente subjetivas, corresponden al fuero interno de los sujetos físicos que participan en su formación, la causa del contrato administrativo es siempre objetiva, está comprendida en el objeto y en la voluntad.

En nuestro derecho positivo nacional, el Art. 7º, de la Ley Nacional de Obra Publica, incorpora la causa, la motivación y la finalidad como elementos esenciales del acto administrativo, y de suyo

del contrato administrativo, que están comprendidas en el objeto y en la voluntad contractual de la Administración. La causa o motivación y la finalidad son siempre la satisfacción de un fin público, del interés público, cualquiera que sea la especificidad de éste. La Administración debe cuidar de establecer expresamente los motivos determinantes de su obrar. Cuando la ley exige, como en nuestro caso, esa motivación, su omisión provoca la nulidad del acto o contrato que realice o ejecute.

3.3.4. Forma.

Tenemos que distinguir entre formalidades y forma. Las *formalidades* son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación), al encuentro de ambas voluntades.

La *forma* es uno de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.

En virtud del principio de libertad formal, nada impide, a falta de texto expreso que se exija una forma determinada, que los interesados usen la forma que juzguen más conveniente. Generalmente se requiere la forma escrita, aunque en nuestro derecho no existe reglamentación sobre el particular. Tampoco hay formas especiales genéricas para la contratación administrativa. La forma escrita puede consistir en una escritura pública o en un instrumento público, por la actuación del funcionario administrativo competente (Art. 979, inc. 2, CC). Si la normativa establece que el contrato de la Administración conste por escrito, la forma escrita debe reputarse indispensable y condiciona su validez.

La formalización escrita o la instrumentación del acuerdo de voluntades suscripto por las partes es requerida, por ejemplo, para el contrato de obra pública .

Las reglas sobre instrumentación del contrato configuran un régimen específico de contenido administrativo. El Código Civil, se aplica supletoriamente.

La no observancia respecto de las formas prescriptas por leyes y reglamentos para instrumentalizar los contratos administrativos, vicia de invalidez a éstos.

La verificación o demostración de la relación jurídica depende de que los contratos tengan o no una forma determinada. En ese caso, no se juzgarán probados si no estuvieren formalizados en la forma prescripta .

El perfeccionamiento de los contratos depende del derecho positivo. Podemos señalar las siguientes formas:

- a) La manifestación recíproca de voluntad de los contratantes;
- b) La notificación o comunicación fehaciente de la aceptación, adjudicación, por parte de la Administración;
- c) La formalización escrita o instrumentación,
- d) La autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo.

4. Caracteres y Régimen Jurídico del Contrato Administrativo.

El contrato administrativo tiene elementos comunes al contrato de derecho privado pero con variantes que dependen de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio.

4.1 Formalismo.

Para que sean validos estos contratos, tienen que cumplirse las formalidades exigida por las disposiciones vigentes, tanto en su forma, como en su procedimiento de contratación.

La corte suprema a señalado, que “en materia de contratos públicos la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de las partes a contenidos impuestos normativamente, los cuales las personas publicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal” (CSJN, 22/12/93 “Espacio SA v/ Ferrocarriles Argentinos)

4.2 Prerrogativas de la Administración

Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo.

4.2.1 Desigualdad Jurídica.

Las partes contratantes están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos privados. La Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.

Cuando una de las partes contratantes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el *ius variandi* que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.

- Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).
- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).

Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

4.2.2 Cláusulas Exorbitantes

Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil.

En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera.

Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas; ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución. Mientras las segundas son cláusulas incluidas concretamente en el texto de un contrato.

Los límites de estas cláusulas están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

4.3. Derechos y Obligaciones Personales

En principio, los derechos y obligaciones emergentes del contrato administrativo respecto del contratista, son de carácter personal, intuitu personae, por ejemplo, en materia de contratos de empleo público es obvia la imposibilidad de ceder, transferir o negociar el mismo.

Celebrado el contrato, la Administración se resguarda de la insolvencia económica, moral y técnica de su contratista, prohibiendo, en principio, la transferencia de los derechos contractuales, salvo autorización o pacto expreso.

4.3.1 La Cesión del Contrato y la Intransferibilidad Contractual

Salvo que el contrato lo autorice, el contratista no puede, ceder o transferir los derechos y obligaciones emergentes del contrato, esto debido a que no existe “impersonalidad” en los contratos públicos.

4.3.2 La Subcontratación o Contratación Derivada.

Igual prohibición rige respecto de la subcontratación, por la que un tercero ejecuta el contrato por cuenta y orden del contratista.

Dada la calidad esencial del contratante originario y la prohibición legal o convencional de subcontratación, se prohíbe todo nuevo contrato por el cual una persona extraña a la relación contractual asuma facultades concernientes a la posición de una de las partes por vía de sucesión constitutiva, sin que se extinga la primitiva relación.

No puede el contratista realizar subcontratación sin la previa autorización de la Administración. Esta autorización no exime al contratista de sus responsabilidades.

Estas prohibiciones de ceder y subcontratar, respectivamente, existen por sí, sin que para ello sea necesario incluirlas expresamente en el contrato, porque pertenecen a la esencia o naturaleza de él y su derogación sólo procede por texto expreso, pactado en sentido contrario.

Empero, la subcontratación autorizada por la Administración, otorga al subcontratista acción directa contra ella.

No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la

ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores.

4.4 Efectos Respecto de Terceros.

Dijimos que en el ámbito privado los contratos no son oponibles a terceros ni invocados por ellos.

Por el contrario en derecho publico, los contratos de la administración pueden ser opuestos a terceros; tienen efectos que se extienden a terceros que no son partes.

A su vez los terceros pueden invocar el contrato administrativo, por ejemplo en la concesión de servicios públicos por la cual pueden exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente en la forma pactada. Lo convenido entre la administración publica y el contratista es la ley a la cual deberán sujetarse los usuarios del servicio o de la obra o los contribuyentes beneficiarios de ella, según los casos.

CAPITULO II. Clases de Contratos Administrativos

5.- Introducción

La tipología de los contratos administrativos en particular, responde a un doble orden de ideas: por un lado se regulan los contratos en consideración al especial objeto que tratan, con abstracción de cuales sean los organismos estatales que en ellos intervengan, y por otro lado se tipifican los contratos teniendo en consideración la naturaleza de la entidad estatal interviniente en ellos.

Así, Ale, plantea que desde el punto de vista de la contabilidad publica, los contratos se pueden clasificar de acuerdo con los efectos

financieros que producen dichas convenciones, de este modo tendremos:

a). Contratos de los que derivan gastos para el estado, por ejemplo, el contrato de suministro y compras en general, obras, locación de servicios o bienes de terceros, etc.

b). Contratos de los que derivan entradas, ejemplo, ventas y locación de bienes del estado.

c). Contratos mixtos, como ser el empréstito, que produce una entrada de dinero y luego correlativas salidas.

d). Contratos en los que no intervienen sumas de dinero, ejemplo de esto el trueque.

Asimismo, se los puede clasificar desde el punto de vista de la incidencia patrimonial de los contratos del estado,

a). Contratos de los que derivan aumentos del patrimonio, ejemplo, contrato de suministro y de obra pública, compra de bienes muebles y construcción de una obra pública,

b) Contratos de los que deriva una disminución del patrimonio, ejemplo venta de bienes.

c) Contratos que no modifican el patrimonio, ejemplo, contrato de empréstito: no integra el patrimonio por tratarse de una deuda.

Hay algunos autores que tipifican a los contratos como nominados o innominados, siendo los primeros los que poseen un régimen jurídico especial, y los segundos sin régimen jurídico específico regidos por los principios generales de la contratación pública.

6. Clases de contratos administrativos.

Siguiendo a dormí, tendremos:

6.1. Empleo Público

Lo que caracteriza al empleado público es la naturaleza de la actividad que ejerce, o sea la realización de funciones esenciales y propias de la Administración Pública. Este contrato está regido por la ley 22.140 (LEP), sus modificatorias y complementarias, y regímenes jurídicos de la función pública y del sistema nacional de la profesión administrativa.).

Cualquiera sea la forma jurídica que reviste, la relación es, esencialmente, de empleo y las distintas denominaciones que reciba el órgano individuo (funcionario, agente, empleado, etc.) son al efecto de establecer las diferentes jerarquías de los cargos y los regímenes jurídicos en que queda encuadrado el sujeto empleado público.

6.1.1. Caracteres

Sintéticamente diremos que la relación de empleo publico representa caracteres propios a saber:

1. Ejercicio personal, esto es una característica esencial de la relación de empleo publico, el empleado publico no puede delegar en otra persona el desempeño de sus funciones. Toda sustitución de funciones debe estar expresamente autorizada por un ordenamiento jurídico.
2. Ejecutado por personas físicas, a consecuencia de lo anterior, solo pueden ser empleados públicos las personas de existencia visible.
3. De efecto Futuro, la relación de empleo publico produce efectos para el futuro, debido a que con la designación, se produce una delegación o delimitación de funciones, en

síntesis se le asigna al funcionario una competencia, ergo, si la persona ejecuta tareas y no esta designada estaría ejerciendo ilegítimamente la competencia en cuestión.

6.1.2. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la relación de empleo publico, es de carácter contractual. Sin entrar a analizar las distintas teorías a cerca de su naturaleza jurídica, coincidiendo con Dormí, diremos solamente que, se trata de una relación contractual, de derecho publico, que guarda analogía, en cuanto al objeto, con el contrato de trabajo y con la locación de servicios, y que difiere de ellos, por el régimen jurídico específico en razón de ser el estado el contratante y en razón de los fines del servicio prestado.

Esta relación contractual se da desde su mismo origen, se proyecta como tal a lo largo de la ejecución del contrato y se perfecciona por el acuerdo de voluntades que dan la Administración y el agente o empleado publico.

El objeto de este contrato serán las funciones que deberá cumplir el agente, el cual queda sujeto a un conjunto de deberes que tiene que cumplir y nacen desde ese momento un conjunto de derechos a los cuales se hace acreedor.

6.1.3. Requisitos para Ingresar a la Relación de Empleo Publico.

La constitución establece como único requisito de admisión en los empleos públicos la idoneidad (Art. 16), siguiendo esto la corte suprema ha considerado que "la condición de idoneidad" que impone el primer párrafo del Art. 16 CN exige que la persona que pretende ingresar a la administración tenga las aptitudes físicas y técnicas necesarias para desempeñar las tareas que se le asignan" (CSJN, 17/12/96 "B., R.E. c/ policía Federal Argentina", JA, 1997-IV-329). Asimismo, CN dispone los principios de Igualdad real de oportunidades entre Varones y mujeres para acceder a los cargos electivos y partidarios (Art. 37) y de no discriminación por razón de religión.

El Art. 7 de la LEP que establece las formas de ingreso a la Administración publica nacional, estableciendo que, El ingresó a la

Administración Pública Nacional se hará previa acreditación de las siguientes condiciones:

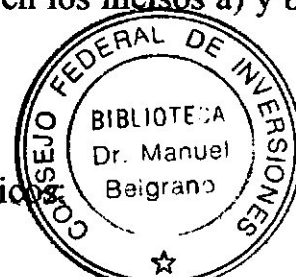
- a) idoneidad para la función o cargo.;
- b) condiciones morales y de conducta;
- c) aptitud psico-física para la función o cargo;
- d) ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de CUATRO (4) años de ejercicio de la ciudadanía.

Asimismo establece que las excepciones a cualquiera de estos dos requisitos deberán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional en cada caso.

El Art. 8, establece quienes No pueden ingresar a la función publica:

- a) el que haya sido condenado por delito doloso.
- b) el condenado por delito cometido en perjuicio de o contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal;
- c) el fallido o el concursado civilmente no casuales, hasta que obtengan su rehabilitación;

- d) el que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por alguno de los delitos enunciados en los incisos a) y b) del presente artículo;
- e) el inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos;
- f) el sancionado con exoneración en el ámbito Nacional, Provincial o Municipal mientras no sea rehabilitado, y el sancionado con cesantía conforme con lo que determine la reglamentación;
- g) el que integre o haya integrado en el país o en el extranjero, grupos o entidades que por su doctrina o acción aboguen, hagan pública exteriorización o lleven a la práctica, el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional y, en general quien realice o haya realizado actividades de tal naturaleza, en el país o en el extranjero;
- h) el que se encuentre en infracción a las leyes electorales o del servicio militar;
- i) el deudor moroso del Fisco en los términos de la Ley de Contabilidad, mientras se encuentre en esa situación;



j) el que tenga más de SESENTA (60) años de edad, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, quienes sólo podrán incorporarse como personal no permanente.

Además en su ART. 9, dispone que las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los artículos 7 y 8, o a cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de las funciones.

No será considerado como ingresante el agente que cambie su situación de revista presupuestaria, sin que hubiera mediado interrupción de la relación de empleo público dentro del ámbito del presente Régimen.

Y por ultimo su ART. 10.- El personal que ingrese como permanente lo hará en los niveles escalafonarios que establezcan los respectivos regímenes.

Las diferentes legislaciones nacionales y provinciales requieren, además de la idoneidad, condiciones morales y de conducta para ocupar los cargos públicos. La idoneidad, requerida varia según la función a cumplir. El régimen de selección más adecuado para comprobar que se

posee la capacidad requerida para cubrir determinado cargo, y eliminando la desigualdad y el favoritismo político, es el concurso publico, que puede hacerse por concurso o por oposición o por ambos a la vez.

6.1.4 Derechos y Deberes

Analizamos brevemente los derechos de los empleados públicos, establecidos en el Art. 15, de la ley 22140, que establece que, El personal tiene derecho a:

- a) estabilidad;
- b) retribución por sus servicios;
- c) igualdad de oportunidades en la carrera;
- d) licencias, justificaciones y franquicias;
- e) compensaciones, indemnizaciones y subsidios;
- f) asistencia social para sí y su familia;
- g) interposición de recursos;
- h) jubilación o retiro;

Análisis de los más significativos.:

6.1.4.1. Estabilidad. Retiro Voluntario.

Es el derecho del agente a la continuidad en el cargo o empleo del que no puede ser separado. La estabilidad puede ser propia o impropia. La primera es absoluta, no cabe la indemnización como sustitución por el cargo; la segunda es la relativa, por la cual procede la indemnización sustitutiva.

En el ordenamiento positivo argentino, si bien la estabilidad es un derecho reconocido constitucionalmente (Art. 14Bis), se la ejerce conforme a las normas, que la reglamentan, estableciéndose límites a su ejercicio, para ciertos empleos.

La causa del cese de la estabilidad debe respetar el principio de razonabilidad; cuando por motivos arbitrarios se separa al agente del cargo. Por su parte, la estabilidad puede cesar por causas imputables al agente. La racionalización administrativa, que implica, supresión de cargos, es motivo razonable para la finalización de la estabilidad. El cese debe ser indemnizado (Art.17 CN).

La ley 24.629 de reorganización administrativa dispuso la creación de un fondo de reconversión laboral del sector público nacional, con la finalidad de capacitar y brindar asistencia técnica, para programas de autoempleo a los agentes cuyos cargos, quedaren suprimidos en función de las medidas que la misma ley establece.

También finaliza la estabilidad cuando se ha cumplido el “termino legal” para acogerse a la jubilación o imposibilidad física.

La indemnización debe tener un alcance integral, resarcir los daños que provoca la pérdida de la estabilidad laboral y debe ser justa y razonable.

6.1.4.2. Retribución por sus Servicios.

Es decir el sueldo, o contraprestación que el estado le abona por los servicios prestados de manera periódica. Además del sueldo el estado abona asignaciones complementarias, que dependiendo del cargo pueden ser gastos de representación, viáticos, asignaciones familiares, aguinaldo, asignaciones por título profesional o técnico, antigüedad, insalubridad o riesgo de la actividad, etc.

Existe un caso especial, que es el de los abogados del estado, que por su especificidad en el ejercicio profesional están sometidos a una ley y un régimen estatuario que se funda en la misma, los que tienen carácter especial respecto de las normas de aranceles que se fijan en general.

6.1.4.3. Igualdad de Oportunidades en la Carrera;

El derecho a la carrera comprende el nivel escalafonario, o jerarquía alcanzada, el ascenso y la jubilación

El ascenso, obedece a dos requisitos antigüedad y merito.

6.1.4.4. Licencias, Justificaciones y Franquicias.

Comprende vacaciones y licencias. Las primeras son de carácter general, otorgándose anualmente, mientras que las segundas son otorgadas a petición del interesado.

Las vacaciones son de carácter obligatorio para el empleador, siendo de orden publico.

Las licencias no tienen carácter de orden publico, sino que contemplan circunstancias particulares (Enfermedad, por estudio, etc.)

6.1.4.5. Jubilación o Retiro

Se trata de un derecho, reglamentado en cuanto a sus aspectos formales y temporales. Debe ser presentada por escrito, ante el superior del cual dependa el agente. El Art. 24 de la LEP, establece que la renuncia se considera aceptada, si la autoridad competente, no se pronuncia dentro de los 30 días corridos de su presentación.

6.1.4.6. Propiedad Social y Participación en las Ganancias

Esta establecido en la ley 23.696, la reforma legislativa, implica revalorizar el trabajo a través de la participación en el capital accionario de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas declaradas sujetas a privatización , de todos los empleados del ente a privatizar.

Serán sujetos del programa de propiedad participada, los empleados de cualquier jerarquía, con relación de dependencia.

6.1.5. Deberes y Prohibiciones de los Agentes Públicos.

Los Art. 27 a 29 de la LEP, establecen, los deberes y prohibiciones de los agentes públicos, daremos una breve descripción:

6.1.5.1. Prestación Personal.

El empleado publico queda obligado a dedicarse personal y directamente a su función, cumpliendo eficazmente con su servicio, en condiciones de tiempo forma, lugar y modalidad que las normas pertinentes indican.

6.1.5.2. Relación Jerárquica.

La relación jerárquica implica el llamado poder jerárquico, por el cual el superior, imparte ordenes, o solita informes de su inmediato inferior.

6.1.5.3. Deber de Obediencia.

Se refiere a la obediencia que le debe el inferior respecto a las ordenes impartidas por el superior competente, que reúna las formalidades del caso, y tengan por objeto la realización de actos de servicios que correspondan a la función del agente. Siempre dentro de los términos de la legalidad.

6.1.5.4. Conducta Decorosa

El agente debe observar buena conducta, mantener el honor y las buenas costumbres.

6.1.5.5 Ética Publica.

El ejercicio de la función publica debe estar signado por la diafanidad del obrar de sus empleados y funcionarios, fundamentalmente en el manejo de los fondos, del patrimonio y de los procedimientos de actuación y decisión gubernativas.

6.1.5.6 Reserva y Discreción.

Es una obligación del empleado publico la reserva y discreción respecto de los hechos e informaciones a los que tenga acceso.

6.1.5.7. Promoción de Acciones Judiciales.

Al agente publico que se le impute un delito, debe promover las pertinentes acciones judiciales, querellando a quien realizo la imputación.

6.1.5.8 Deber de Dedicación.

Implica la consagración a las funciones públicas. El empleado debe declarar las actividades comerciales y profesionales que realice, con el objeto de establecer si existe o no incompatibilidad entre funciones

públicas que cumple y otras de distinta naturaleza. Este régimen procura evitar abusos, disponer con exclusividad de los servicios de los agentes, lograr mayor eficacia técnica y resguardar los principios éticos de la administración de la cosa pública.

6.1.5.9. Prohibiciones.

La normativa establece una serie de prohibiciones como ser la prohibición de acumular dos o más empleos públicos, el patrocinar tramites o gestiones de terceros vinculados con su función, utilizar con fines particulares los bienes, elementos o útiles destinados al servicio oficial.

6.1.5.10. Responsabilidad.

Esta podrá ser de naturaleza administrativa (LEP y Dec. 1797/80, 1798/80, 993/91, 2385/93), de Naturaleza Disciplinaria o patrimonial (Ley 24.156, Art. 130 y 131; Dec 1798/80; 253/93; Art. 104; 1154/97), penal (Art. 77, 214 a 236, 248 a 273 y 281 Cod. Penal) o política (Art. 53, 60, 99 1), 100, 101 y 102 CN) y civil (Art. 1109 y 1112, de Cod. Civil)

6.1.5.11. Adscripción.

Es la situación jurídica del agente por la cual es desafectado de las tareas inherentes al cargo previsto presupuestariamente para pasar a ocupar con carácter transitorio, y a requerimiento de otro organismo, funciones propias del área solicitante.

6.1.5.12. Extinción del Contrato.

La relación contractual de empleo publico puede finalizar por distintas causas a saber: Fallecimiento; Renuncia aceptada; jubilación; retiro; De salud; disciplinarias (vista arriba); Vencimiento plazo por el que fue designado.

6.2 Obra Pública

El contrato de Obra Pública es un contrato administrativo y debido a esta característica debe ser separado del contrato de locación de obra del Código Civil de los Artículos 1629 a 1647, pero que por la propia estructura jurídica el contrato de obra pública es una locación de obra, siendo diferentes los sujetos, ya que el contrato de obras pública el Estado interviene como parte y en la locación de obra solos participan los particulares.

Las consecuencias jurídicas en uno y otro contrato son diferentes ya que en la locación de obra de existir pacto comisario expreso trae

aparejado la resolución del contrato en caso de incumplimiento de las partes o a la ejecución forzada si así lo decidiera la autoridad judicial competente. En el caso de contrato de obra pública la Ley 13064 establece como esfera de aplicación el contencioso administrativo.

Lo mismo ocurre en cuanto al pago, ya que la falta del mismo en el ámbito privado traería aparejada una sentencia judicial obligando al mismo. En la esfera del Estado la falta de diligenciamiento del pertinente certificado de obra no trae aparejada una sentencia similar ya que dicho diligenciamiento debe ser exigido exclusivamente en el ámbito administrativo, sin intervención judicial, por que de lo contrario estaríamos ante una intromisión de un poder en el ámbito o esfera del otro.

El contrato de Obra Pública tiene un régimen legal estatuido por la Ley 13064

La obra pública es todo trabajo efectuado con fondos del tesoro público con destino al uso común de los habitantes o para el funcionamiento de servicios públicos.

La Ley 13064 en su Art. 1º da una definición del contrato de Obra Pública de la siguiente manera: “Considérase obra pública nacional toda

construcción, trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación a excepción de aquellos efectuadas con subsidios que se regirán por Ley especial.”

De esta manera quedan eliminadas las obras particulares con subsidio de la Nación, tal exclusión es lógica ya que de esta manera no se obstaculiza la realización de obras por parte de entidades de beneficencia, culturales o religiosas, al no tener que ajustarse a todos los requisitos y formalismos de la Ley 13.064.

En la Exposición de motivos del proyecto de ley 13.064 se establece el alcance de los términos usados en el Art. 1º:

- a) Construcciones: edificios, puertos, diques, etc.
- b) Trabajos: dragado, balizamiento, relevamientos.
- c) Servicios de Industria: organización e instalación de servicios industriales, como talleres, fábricas, etc.

La obligación del contratista es la construcción, demolición, conservación o preparación de una obra pública, mientras que la Administración debe pagar el precio pactado al contratar.

Este contrato vincula exclusivamente al Estado con el contratista. Este ultimo, generalmente empresa constructora y excepcionalmente de

acuerdo a las dimensiones de la obra ejecuta la obra y cobra el precio convenido al estado, en la generalidad de los casos en forma parcial a través de los denominados certificados de obra. Estos certificados representan una constancia de la obra ejecutada por el contratista y es aceptada y pagada por la Administración y en ningún caso constituyen una orden de pago.

Los mencionados certificados pueden ser transferidos por los titulares, siguiendo el mecanismo legal establecido para la cesión de los créditos.

Existen distintos tipos de certificaciones: a) Finales, b) Parciales, c) De variación de Costos, d) Por acopio de materiales, e) De intereses.

A cada uno de ellos por expresa disposición de la Ley 13064 se retiene un porcentaje denominado “fondo de reparos”, que en realidad se trata de una garantía para el Estado por el valor de las posibles deficiencias en que incurra el contratista durante la ejecución de la obra. Este fondo de reparos, en casos de excepción, puede ser reemplazado por otros tipos de garantías, por ejemplo Títulos cotizables en Bolsa, Certificados oficiales de Deuda, Fianzas bancarias, Seguros de Caución, etc.

Al igual que en la locación de obra el contratista promete un resultado, sin importar el destino de la misma.

Existen diversos sistemas de ejecución de la Obra Pública, así tenemos:

- a) **Unidad de Medida**: también llamado contrato por precio unitario o por serie de precios. Se realiza una medición o cálculo métrico de la obra y se fija un precio unitario por medida.
- b) **Ajuste Alzado**: surge del Art. 1633 del Código Civil y consiste en calcular un precio global, total e invariable para la realización integral de la obra.
- c) **Coste y Costas**: consiste en que el propietario de la obra en nuestro caso, el Estado paga el costo de los materiales y la mano de obra utilizada en la misma y además un porcentaje determinado que va a constituirse, en definitiva en el beneficio del contratista.

La ley 13064 en su Art. 5º admite este sistema únicamente en casos de urgencia justificada o conveniencia comprobada.

6.3. Concesión de Obra Publica

En este caso la Administración encomienda la realización de una obra o trabajo público y le otorga al ejecutor o realizador de la misma la explotación de la obra, durante un lapso determinado de tiempo.

Esa concesión constituirá en definitiva el precio de la obra; se trata en consecuencia de un precio con características especiales.

Este tipo de contrato tiene dos características especiales:

- a) La ejecución de la obra está a cargo del concesionario.
- b) La financiación es realizada por los usuarios de la misma, denominado corrientemente peaje. Como ocurre con el contrato de pavimento.

El contrato de concesión de obra pública no esta reglamentada, por ello le será aplicable: La Ley de Obras Públicas, los principios generales de contratación del Estado y las normas del Derecho Privado, en tanto sean compatibles con la naturaleza propia de este tipo de contrato. Existen diferencias entre el contrato de Obra Pública, básicamente en la forma de pago, ya que en el primero es el Estado el que debe pagar el precio y en el segundo es el propio usuario de la misma el que financiará la obra ejecutada.

El cálculo del denominado peaje se hace por la Administración teniendo en cuenta los costos de la misma, los intereses del capital y los gastos de explotación.

La financiación de obras públicas puede hacerse también, en tanto se trate de caminos y carreteras:

- a) Contribución de mejoras: que deben ser pagadas por los beneficiarios de la misma, generalmente vecinos linderos.
- b) Financiación a través de impuestos generales: por ejemplo combustibles, cubiertas, lubricantes, etc.

6.4. Concesión de Servicio Público

Es este contrato el Estado encomienda, por tiempo determinado, la organización y funcionamiento de un servicio público a una persona física o jurídica (denominado concesionario). El concesionario percibe como retribución el precio que debe ser pagado por los usuarios o a través de subvenciones y garantías otorgadas por el Estado.

El carácter contractual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia al conceptualizarla como “Contrato de Derecho Público”.

En este contrato intervienen dos sujetos: el concedente (que necesariamente es una persona jurídica estatal) y el concesionario (que es una persona física o jurídica pero también puede ser una persona jurídica estatal).

El concesionario por la prestación del servicio tiene derecho al cobro del precio, este precio es fijado por el Estado y pagado por el público usuario del servicio.

El precio, fijado por el estado, se denomina tarifa y es uno de los elementos esenciales del contrato de concesión ya que es el precio determinado por el Estado con intervención del concesionario y que a través del pago da derecho al usuario a la utilización del servicio público.

Para que dichas tarifas tengan validez es necesario que cumplan ciertos requisitos:

a) Fijación por la autoridad administrativa competente; b) Intervención del concesionario en su estudio y establecimiento; c) Ajustamiento de aplicación a las disposiciones contractuales; d) Razonabilidad probada de sus costos; e) Determinación igualitaria; f) Irretroactividad; g) Notificación al concesionario; h) Publicidad.

Todos estos requisitos tienen su fundamento y ellos son los siguientes:

- a) Fijación por la autoridad administrativa competente: Al tratarse de un servicio público y cuya utilización es por parte de la sociedad, es lógico que el poder administrador fije los mismos, dado que tiene que defender los intereses de sus administrados.
- b) Intervención del concesionario en su estudio y establecimiento: Esta intervención es necesaria para poder establecer con la mayor precisión posible la estructura de costos en que tiene que incurrir el concesionario para la adecuada prestación de los servicios.
- c) Ajustamiento de aplicación a las disposiciones contractuales: Requisito indispensable para la validez de la tarifa ya que su incumplimiento la viciaría de nulidad absoluta, dado que si en la fijación no se respetan los parámetros tenidos en cuenta al contratar se trataría de una violación al mismo y en consecuencia cualquiera de las partes podría disponer su nulidad.
- d) Razonabilidad probada de sus costos: Dado que los costos serán la base para las tarifas, no puede dejarse librado a la discrecionalidad del concesionario el estudio y el cálculo de los mismos, para ello será

necesario el estudio y calculo sea debidamente probado y analizado por la autoridad administrativa que tiene a su cargo la fijación de las tarifas.

- e) Determinación igualitaria: Está referido a la equidad de tratamiento a iguales servicios públicos, se deberán usar iguales servicios públicos, se deberán usar iguales parámetros para la determinación de las respectivas tarifas.
- f) Irretroactividad: La fijación de las tarifas debe servir para el futuro, este requisito tiende a la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas, máxime teniendo en cuenta que las tarifas están relacionadas con la sociedad en general.
- g) Notificación al Concesionario: imprescindible requisito ya que el concesionario es el encargado del cobro de las mismas.
- h) Publicidad: Este requisito tiene en cuenta que el administrado debe tomar conocimiento de las respectivas tarifas, fecha desde la cual regirán las mismas y servicio público al que abarcan.

La remuneración del concesionario puede consistir en subvenciones, periódicas o no, que les debe proporcionar el Estado o también puede tratarse de una garantía de beneficio mínimo asegurado por el Estado al

concesionario, que en caso de no lograrse debe ser administrado por la Administración.

La extinción del contrato puede deberse a varias causas, por ejemplo: vencimiento del plazo, anulación revocación falencia, muerte, caducidad (sanciones al concesionario). Rescate (realización del servicio por parte del poder concedente).

6.5. Suministro

Es un contrato por el cual la administración se provee de elementos necesarios para su desenvolvimiento.

6.5.1 Concepto

Hay contrato de suministro, de abastecimiento o de provisión cuando la administración pública conviene con una persona o entidad en que éstos le provean de ciertos elementos mediante un precio que esta le abonara. Es realizado por el estado y un particular (Persona física o jurídica) en virtud del cual éste se encarga por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración, de proporcionar prestaciones mobiliarias. Por ejemplo la provisión de alimentos para las cárceles, suministros de armas, ropas, etc.

Este contrato se refiere a la provisión de cosas muebles, pues si fuera inmueble estaríamos en el contrato de compraventa.

Estas cosas muebles pueden ser fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles.

La provisión por parte del contratista puede ser la entrega sucesivas o continuadas o por entrega única.

6.5.2 Caracteres

El contrato de suministro es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, no aleatorio, haciendo que cualquier circunstancia administrativa o económica que produzca una alteración del costo de la cosa a entregar por el contratista, justifique la modificación de dicho precio.

Este contrato tiene el carácter de formal cuando se lleva a cabo mediante licitación, es sustancialmente una compraventa.

6.6. Empréstito Publico

Por medio de este contrato el Estado obtiene dinero o medios financieros para el cumplimiento de sus fines (Art. 75, inc 4, CN). Esto

se logra a través de la emisión de títulos que devengan un interés y se cancelan en determinadas condiciones.

Comparativamente podemos hablar del crédito individual también denominado por el Código Civil como el contrato de mutuo que tiene características muy parecidas a la del empréstito.

En el contrato de empréstito la Administración tiene ciertas obligaciones que cumplir y que surge de las propias condiciones estipuladas, así tendrá que respetar las tasas de interés pactadas, exención impositiva, de existir tipo de cambio, forma de amortización o rescate, etc.

6.6.1. Etapas

Etapas a cumplir:

- 1- Autorización del Empréstito: Pertenece al órgano legislativo, la facultad de contraer empréstitos de dinero sobre el crédito de la nación (Art. 4 y 75, inc 4 CN)

- 2- Emisión de Títulos: una vez que el Congreso ha autorizado el empréstito se hace necesario imprimir, firmar e inscribir los títulos. Tarea propia de los órganos de la Administración.

3- Colocación de los Títulos o su negociación: Esta negociación puede llevarse a cabo a través del ofrecimiento público o por convenio r con una institución bancaria.

4- Amortización: es el pago por parte de la Administración, de los intereses y las amortizaciones consignadas en los títulos.

5- Refinanciación: Con el objeto de refinanciar los vencimientos de capital de los prestamos otorgados a los prestatarios, se celebros con los bancos acreedores de los títulos de la deuda publica externa. Entre los prestatarios se encontraban Aerolíneas argentinas, YPF, Agua y energía eléctrica, etc.

6- Cancelación. Conversión o rescate: Consiste en el Pago en efectivo o bien mediante la nueva emisión de títulos de deuda para cancelar la anterior, por parte de la Administración.

Debemos distinguir si se trata de deuda interna y externa, la primera Es la contraída ya sea con personas físicas o jurídicas, residentes o domiciliadas en la Republica y cuyo pago sea exigible dentro del territorio nacional. Por otro lado la segunda, es aquella contraída con otro estado u organismo internacional o cualquier persona fisica o jurídica

residente o domiciliada en el extranjero, y cuyo pago sea exigible fuera de su territorio (Ley 24.156, Art. 58)

7. Otros Contratos Administrativos

7.1.- Concesión de Uso de Bienes de Dominio Publico.

A través de esta concesión se atribuye el uso de bienes del dominio público a terceros usuarios. Aquí se trasfiere al concesionario derechos y prerrogativas publicas sobre la cosa pública. No es un contrato administrativo propiamente dicho.

7.2 Contrato de Transporte

En este tipo de contrato una persona sea fisica o jurídica se obliga a realizar el transporte de cosas o personas, mediante un precio que debe abonar el Estado. Así por ejemplo puede celebrarse un contrato de transporte de navegación para el traslado marítimo de soldados y sus equipos.

7.3. Locación.

Hay que distinguir entre la de servicios y la de cosas

7.3.1 Locación de Servicios

Se excluye el contrato de Empleo Público que configura un contrato administrativo autónomo.

Se trata de la locación de servicios especiales o contratados, por ejemplo los contratos de recolección de residuos. Esto puede verse en el sentido inverso, o sea que los servicios los realice la administración pública, ejemplo, los contratos de mano de obra penitenciaria por la que los reclusos prestan servicios a terceros.

7.3.2 Locación de Cosas

En este tipo de contratos el Estado puede ser locador o locatario, en el caso de que sea locador, el Art. 1502 del Código Civil dice que “los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales o bienes de corporaciones o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares. Solo en subsidio lo serán por las disposiciones de este código”. Esta claro que cuando nos referimos a locación de bienes del

estado, nos referimos a los bienes del dominio privado del estado, por que el uso de los bienes de dominio publico se transfieren a través de la concesión, ya analizada.

Cuando el Estado actúa como locatario de cosas, y un claro ejemplo es la locación de inmuebles para el funcionamiento de oficinas públicas, serán de aplicación el Art. 163 y ss, del decreto 426/00, las leyes de alquileres y el código civil.

7.4. Contrato de Depósito

Este contrato surge jurisdiccionalmente ya que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la existencia de un contrato de depósito en el caso de la aduana y un depositante particular, ya que la Administración Nacional de Aduana responde por la guarda y conservación de los bienes en depósitos y el depositante debe pagar los gastos de almacenaje pertinentes.

7.5. Contrato de Fianza

La fianza puede ser dada a favor del o por el estado, en cuyo caso se considera deuda interna (Art. 58 y 64 ley 24156). También se da en los casos de función pública cuando el empleado público o funcionario que maneja fondos públicos debe otorgar una caución a favor del estado (Art. 1986 CC)

7.6 Venta de Bienes del Dominio Privado

El Estado en su accionar es posible que proceda a la venta de bienes del dominio privado, los que pueden ser bienes muebles o inmuebles.

En el caso de bienes muebles, como puede ser la venta por remate de vehículos oficiales, la venta de los parques del dominio privado, son de aplicación las normas establecidas en el Dcto. 5720/72 y las disposiciones del Derecho Común. En los supuestos indicados la adjudicación debe recaer en la oferta de mayor precio y la entrega de los bienes estará sujeta al pago del precio pactado, sin perjuicio que en las cláusulas particulares se prevean entregas y pagos parciales.

7.7. Contrato Aleatorio

Revisten naturaleza administrativa por su objeto, por el sujeto estatal interviniente en la relación y por el fin publico mediante. Este contrato tiene características exorbitantes del derecho privado. Esto se da en los juegos de azar . La obligación por parte del Estado estará dada principalmente por el pago del premio correspondiente y la del participante en pagar el precio estipulado lo que le dará derecho a la participación en el concurso de que se trate.

CAPITULO III.

PROCEDIMIENTO DE LA ADJUDICACIÓN

8. La Licitación Publica

La Licitación pública es un sistema de selección del contratista que trata de establecer la mejor oferta, el precio más conveniente, y dar transparencia para algún tipo de contrato a celebrarse por el Estado.

8.1 Concepto Jurídico de la Licitación Pública

La Licitación Pública es un “procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados, para que

sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas a través de las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

Trataremos de hacer un análisis del concepto jurídico de la licitación pública:

- 1. Es un procedimiento administrativo:** Dado que se trata de un sistema de selección del contratista del Estado que juntamente con la licitación privada, el concurso, la contratación directa y el remate público constituyen los procedimientos administrativos de contratación, en su conjunto integrará el procedimiento administrativo general.

La licitación pública esta formada por un conjunto de actos tendientes a formar la voluntad contractual y no es un acto como sostiene gran parte de la doctrina ya que va a estar formado por varios actos de la Administración y de los oferentes. Tampoco podemos decir que sea un contrato ni tampoco que el contrato sea la licitación ya que es un medio para llegar a formar un contrato, es

un preliminar del contrato, es un medio selectivo, para buscar o elegir con quien contratar.

2. **Preparatorio de la Voluntad Contractual:** es una nota común a todos los sistemas de contratación, y va a ser un resumen de todas las reglas y principios jurídicos que rigen la preparación y ejecución de la voluntad contractual.
3. **Por la que un ente público en ejercicio de la función administrativa:** el ente que usa la licitación pública puede ser público o privado, en este ultimo caso el procedimiento se regirá predominantemente por el Derecho Privado y además estará en ejercicio de una función pública. Por ello siempre será un ente público.
4. **Invita a los Interesados:** esta invitación se traduce en un llamado a licitación realizado por el ente público, que es un acto administrativo propiamente dicho.

La invitación correspondiente es un pedido de ofertas que debe ser hecha en forma y dentro de los plazos que indique la legislación aplicable a través de publicaciones.

5. Para que sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones: el licitante es el que redacta el pliego al cual se tienen que ajustar todos los oferentes como así también aquel que resulte adjudicado, en este pliego de condiciones se fijan cláusulas que pueden ser generales o particulares, se fija el objeto de la Contratación, las condiciones, su preparación y la ejecución del contrato correspondiente.

Este pliego de condiciones será el que conjuntamente con las normas legales y reglamentarias aplicables constituyen el cuerpo normativo al cual se tiene necesariamente que ajustar la licitación.

6. Formulen sus Propuestas: El llamado a licitación trae como consecuencia que los oferentes, presenten las propuestas respectivas. Para presentarse a la licitación es necesario que el oferente reúna determinadas condiciones, técnicas, financieras, y jurídicas todo ello se logra a través de la inscripción en los registros pertinentes.

Al tratarse de una etapa eminentemente selectiva, esta se denomina por la doctrina internacional, como:

- 1) Habilitación de los licitadores;
- 2) calificación de los oferentes;
- 3) condiciones subjetivas de los proponentes.

Al presentarse las propuestas respectivas se debe constituir una garantía de oferta o de mantenimiento de la oferta y esta oferta puede ser oral o escrita; pero por la ley 13.064 y el reglamento de contrataciones del estado prevén solamente la forma escrita para la presentación de las propuestas.

- 7. De entre las cuales el licitante seleccionara y aceptara las mas convenientes:** La elección de la propuesta mas conveniente puede consistir en la preadjudicación (simple acto de la administración) o adjudicación (acto administrativo).

La preadjudicación es un dictamen anticipado de un órgano consultivo que establece un orden de meritos de las propuestas presentadas.

La adjudicación en cambio, es la elección propiamente dicha de la mejor oferta recibida por el licitante, luego de esta se perfeccionara el contrato por alguno de los métodos previstos, que pueden ser, según el tipo de contrato:

- 1) Notificación de la adjudicación;
- 2) Formalización escrita;
- 3) Aprobación por órgano superior, etc.

Como podemos ver la afirmación realizada anteriormente con respecto a la naturaleza jurídica de la licitación tiene plena validez, ya que la misma no es un contrato, tampoco es un acto, sino un conjunto de actos, es un procedimiento administrativo tendiente a formar contratos y tiene como finalidad principal la elección del contratista de la administración.

Como procedimiento administrativo esta constituido por un conjunto de actos y como tales habría que analizar si esos actos son separables individualmente o no puede hacerse. La conclusión a la que arribemos nos llevará a decir si estos actos pueden ser impugnados cada uno de ellos separadamente o si la anulación o impugnación trae aparejada la impugnación de todo el procedimiento.

Si afirmamos que el contrato no se encuentra ligado a todos los pasos previos a la celebración del mismo, trae como consecuencia

que los oferentes vean restringidas sus defensas ya que al separar el contrato de los pasos previos, ese contrato solo será impugnabile por las partes que lo celebran (el licitante y el adjudicatario). Por lo tanto los demás oferentes no pueden impugnar el contrato ya que no son partes del mismo.

Distinta es la consecuencia jurídica para los demás oferentes si el contrato puede separarse del proceso preparatorio del mismo y considerarlo como una etapa o paso independiente del mismo, esa consecuencia se vera traducida en una mayor protección para los demás oferentes ya que estos podrán impugnar el contrato celebrado por la administración.

La licitación Pública como procedimiento para formar la voluntad contractual no es exclusivo para determinados contratos, sino que este procedimiento será aplicable para todos o casi todas las convenciones que celebre la administración. Así las respectivas normas legales pueden exigir la aplicación de este procedimiento para ciertos tipos de contrato en donde será de aplicación obligatoria, como por ejemplo, para el contrato de obra Pública debe seguirse la licitación Pública (Ley 13.064). Pero en estos otros casos la administración puede seguir este

procedimiento por razones de transparencia o moralidad en la contratación.

En consecuencia el ordenamiento legal establecerá los casos en que obligatoriamente se debe aplicar el procedimiento de la licitación Pública, como así también enumera los casos en que quedan abiertos los mecanismos contractuales, es justamente en estos últimos en donde el procedimiento licitatorio será facultativo para la Administración.

En aquellos casos en el que el ordenamiento jurídico exige la aplicación de la licitación para la contratación y dicha forma no es respetada por la administración, trae como consecuencia la nulidad del contrato por vicio en la forma.

Estas formalidades requeridas pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores, siendo requisito de la licitación, anterior a los contratos del estado.

Esta exigibilidad por parte del derecho positivo tiene en vista las garantías que se deben ofrecer tanto a la Administración como a los proponentes, a los empresarios y a los usuarios del servicio publico de que se trate.

La falta de observancia por parte de la Administración en los casos en que la licitación sea exigida traerá como consecuencia la nulidad del procedimiento usado o del contrato que sea consecuencia del mismo.

Esta nulidad del acto Administrativo trae como consecuencia que:

1) El contrato es absolutamente nulo. No pudiéndose salvar el vicio que lo anula por ningún medio.

2) No existirá vínculo entre la Administración y el contratista seleccionado irregularmente.

3) El contratista no puede alegar nada en contra de la decisión ni siquiera judicialmente. Aunque si tendrá derecho a reclamar el pago de la parte ejecutada invocando el enriquecimiento sin causa de la Administración.

4) Aquellos oferentes que no resultan adjudicados tampoco tienen acción alguna en contra de la decisión Administrativa de nulidad.

5) Los funcionarios que no observan el procedimiento de la licitación, cuando el mismo es obligatorio, incurren en responsabilidad civil, Administrativa y política.

8.2. Requisitos o principios jurídicos

La doctrina, la jurisprudencia y la legislación han establecido una serie de principios a los cuales hay que acudir a los fines de interpretar algunos problemas que puedan surgir. Esos principios son:

- a) La libre concurrencia.
- b) La igualdad entre los oferentes.

Libre concurrencia: La finalidad perseguida por este principio tiende a la libre oposición entre los oferentes. Como complemento de este principio la Administración debe adjudicar libremente a la mejor oferta.

Ahora bien, este principio no es absoluto ya que a través de la legislación se le pone límites, teniendo en cuenta el interés público en juego, estos límites están dados por las exigencias y las condiciones que deben cumplir los oferentes para poder presentarse en el concurso correspondiente.

Esos requisitos pueden ser:

- 1) Capacidad jurídica de los oferentes, en consecuencia quedaran excluidas las sociedades no constituidas regularmente, menores de edad, personas físicas incapaces, etc.

2) Honorabilidad profesional de los oferentes: Se excluyen los fallidos no rehabilitados, los anteriores contratista de la Administración que no hallan cumplido con los respectivos contratos.

3) Honorabilidad Civil: No podrán presentarse a la licitación los oferentes condenados penalmente o funcionarios públicos que por sus funciones no puedan hacerlo.

Además de las restricciones señaladas anteriormente se les exige a los oferentes garantías de capacidad y solvencia. La garantía de capacidad se logra a través de la inscripción en los registros correspondientes:

- De constructores de obras Públicas
- Proveedores del estado

La garantía de solvencia se lograra a través de la constitución de cauciones de oferta (PRE-contractual) y de adjudicación (que garantiza la ejecución del contrato. La libre concurrencia trae como consecuencia inmediata la necesaria Publicación del llamado a licitación. Esta Publicación se hará en el boletín oficial y en los periódicos de mayor difusión para que de esta manera se garantice también el cumplimiento del principio que estamos analizando.

Igualdad entre los oferentes: este principio, consecuencia directa del precepto constitucional, de igualdad ante la ley, tiene por finalidad, garantizar a igualdad de tratamiento para aquellos que, reuniendo los requisitos señalados anteriormente, sean oferentes en el concurso correspondiente.

No deben otorgarse preferencias a ningún oferente, esta igualdad viene dada por dos aspectos:

- 1) A todos se les debe exigir las mismas condiciones;
- 2) Debe darse preferencia a aquellos que hagan las mejores ofertas a la Administración”.

Este principio trae aparejado una serie de derechos para los oferentes:

- 1) Consideración de la oferta en libre competencia;
- 2) Respeto de los plazos para el desarrollo del procedimiento;
- 3) Respeto por parte de la Administración de la Legislación aplicable;
- 4) Inalterabilidad de los pliegos de condiciones;

- 5) Secreto de la oferta, hasta la apertura de los sobres respectivos;
- 6) Tomar conocimiento de las demás ofertas después de la apertura de las mismas;
- 7) Que se les indiquen las deficiencias subsanables de su oferta;
- 8) Que se le invite a una nueva licitación en caso de ser declarada de cierta la anterior.

Como podemos ver la igualdad de los oferentes debe ponerse de manifiesto desde el nacimiento hasta la finalización del proceso selectivo del contratista de la Administración.

Esa igualdad entre los oferentes trae como consecuencia que sean nulas las cláusulas que impliquen un monopolio, salvo excepciones expresas previstas en la ley, tampoco pueden establecerse o fijarse cláusulas que tengan en cuenta circunstancias subjetivas, tampoco señalarse marcas de fabricas o rótulos comerciales determinados.

Solamente se acepta que haya preferencias para los bienes nacionales en caso de empate de ofertas. Así mismo se acepta el

mejoramiento de ofertas, analizar, la mejor calidad de los bienes o servicios ofrecidos en caso de empate de ofertas.

Todo este principio de igualdad se ve quebrado o fracturado en aquellos casos de modificarse las condiciones de los pliegos o también las condiciones de la oferta respectiva.

No implica alteración del principio que analizamos el hecho de variarse el precio por haberse producido variación en los costos respectivos ya que la relación será exclusivamente entre la Administración y su contratista; además los demás oferentes se encontrarían en la misma situación de haber resultados adjudicados.

8.3 Excepciones al Procedimiento de la Licitación Pública

El principio general de las contrataciones del estado es la licitación Pública, así es consagrado por la ley de obras Públicas, la ley de contabilidad y los regímenes estatutarios de los entes públicos; fijándose asimismo la excepciones a esta regla en cada uno de los ordenamientos señalados anteriormente.

Ahora bien, estas excepciones son de carácter facultativos, esto implica que habiendo quedado abierto el camino de la licitación privada

o el concurso, la autoridad puede usar la licitación Pública en caso de que el objeto y naturaleza de la contratación lo permita.

Cuando la licitación Pública no resulta aplicable obligatoriamente el tratamiento otorgado por la ley 13.064 de obras Públicas y la ley de contabilidad son distintos. Así la ley de obras Públicas establece que: “El procedimiento a utilizar por la Administración será indistintamente el de la licitación privada o la contratación directa en los siguientes casos...”.

Por su parte la ley de contabilidad especifica en el Art. 56 cuales son los casos en que se aplicaran los otros procedimientos de contratación estableciendo expresamente en que caso se aplicara uno y otro procedimiento, sin dejar a elección de la Administración el uso indistinto de uno u otro camino –como ocurre con la ley de obras Públicas.

Dado que los distintos ordenamientos tienen en cuenta básicamente el interés publico en juego, la moralidad y conveniencia administrativa, la licitación es el mecanismo mas idóneo para cumplir con dichos fines, en la medida en que dicho procedimiento sea seguido correctamente. El cumplimiento de este requisito cuando la norma legal así lo manda es ineludible y solamente podrá ser dejado de lado en los casos en que expresamente dicha norma así lo permita.

Son diversas las causas por las que existen excepciones al procedimiento de la licitación, esas causas son las siguientes:

Imposibilidad Legal: Existirá imposibilidad legal en aquellos casos en que aún cuando la cosa a adquirirse sea perfectamente licitable, las normas legales desechan expresamente toda idea de licitación.

Imposibilidad por Naturaleza: Esta imposibilidad se presentará en aquellos casos en que la naturaleza de los bienes y servicios en cuestión impida el procedimiento licitatorio, como sucede con las donaciones del estado, adquisición de cosas por expropiación, etc...

Imposibilidad de Hecho: Se presenta en aquellos casos de haber fracasado varios llamados a licitación sin poder lograr ofertas (Licitación Desierta) o no poder obtener ofertas razonables.

Imposibilidad Por Razones De Estado Y Seguridad Pública: Ocurre en los casos en que los servicios o bienes que son objeto de contratación exigen gran reserva por parte de la Administración.

Los distintos ordenamientos legales prevén como excepción al principio general de licitación Pública, teniendo en cuenta el escaso monto de la operación, permitiendo adoptar –En forma facultativa para el caso de la ley de obras Públicas- y en forma obligatoria para el caso de la ley de

contabilidad -Uno u otro sistema de selección del contratista-. Pero ocurre que la mencionadas leyes han guardado silencio respecto a aquellas contrataciones que se repitan en un lapso de tiempo breve, lo que ha permitido a los funcionarios de turno eludir con cierta facilidad el procedimiento general a través de contrataciones parcializadas o fraccionadas para que cada una de esas porciones no supere el monto mínimo respectivo.

Ahora bien, cabe preguntarse si el tope o límite legal está referido al monto que surja de la licitación y por el que en definitiva se contrata o es el que se presupuesta provisoriamente en el llamado a licitación.

La respuesta a esta pregunta varía según se trate de la ley de obras Públicas o de la ley de contabilidad.

En el caso de la ley de obras Públicas el límite legal es el que surge de la licitación y por el que en definitiva se contrata, ya que establece que: “Cuando el costo de la obra no exceda de...”. Es decir que no se refiere al monto presupuestado, sino al importe total de la obra.

En cambio si se trata de un contrato sujeto a la ley de contabilidad la solución es distinta ya que el Art. 56 inc. 1 habla de: “Cuando el valor estimado para la operación no exceda de...”, como podemos apreciar se

esta refiriendo al valor presupuestado y no al monto licitado por el que en definitiva se contrata.

Como antes mencionamos en la ley de obras Pública la utilización de uno u otro procedimiento es facultativo en razón del monto; en tanto que para el mismo caso en la ley de contabilidad se prevé como mecanismo de contratación únicamente el de la licitación privada.

también puede obviarse el sistema de licitación Pública en aquellos casos de urgencia, dicha causal esta prevista tanto en la ley de obras Públicas como en la ley de contabilidad. Si bien en ambos ordenamientos dicha causal esta prevista es necesario que la misma responda a ciertos recaudos, que son los siguientes:

1) Urgencia Concreta: Esta urgencia tiene que estar referida a un caso concreto, determinado, real, y no estar referido a aspectos generales o abstractos.

2) Urgencia Inmediata: Debe ser actual e inpostergable, por eso se excluyen las urgencias futuras, no tienen que haber otras formas de solucionarla que a través de la contratación directa ya que si fuera mediata sería de aplicación el principio general de la licitación.

3) Urgencia Imprevista: Tiene que ser imprevisible.

La urgencia en la ley de Obras Públicas puede ser prevista o imprevista ya que habla de “trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas”.

En cambio en la ley de contabilidad la urgencia tiene que ser imprevista dado que la misma habla de “circunstancias imprevistas por las que no pueda esperarse la licitación”.

4) Urgencia Probada: Esta prueba estará dada por los respectivos estudios técnicos que la Administración debe realizar en los casos concretos.

5) Urgencia Objetiva: La urgencia que justifica eludir el sistema de licitación debe ser una necesidad pública o de una exigencia estatal y no de sus funcionarios.

Dados los requisitos vistos anteriormente y el hecho de tratarse de un aspecto reglado la urgencia puede ser evaluada por un órgano judicial competente.

Esta urgencia puede ser consecuencia de que hayan fracasado otros llamados a licitación, ya que los sucesivos llamados van a generar pérdidas de tiempo que en su interin van a generar la mencionada

urgencia. Esto no impedirá que el órgano administrador se vea en la obligación de proceder a la contratación directa para poder satisfacer sus pretensiones.

Además de las causales de excepción analizadas mas arriba tenemos el caso de que la contratación deba realizarse teniendo en cuenta la reserva o secreto de estado, a pesar de estar previsto por la ley de Obras Públicas y en la ley de Contabilidad ninguno de los dos ordenamientos aclara que debe entenderse por secreto de estado o circunstancias que exijan reserva. De todas maneras atendiendo a que se trata de un procedimiento de excepción esta causal debe ser interpretada en sentido restrictivo y le serán aplicables los principios o recaudos previstos para la “urgencia”. también deberán existir informes técnicos, se tendrá que documentar debidamente las inversiones realizadas con tal motivo y además estarán sujetas al control posterior por parte de la Contaduría General de la Nación.

Puede ser causal de una contratación directa una obra o servicio, suministro de bienes, etc, en la que deba tenerse en cuenta la capacidad científica del contratista del estado. Obviamente en este caso resultaría

imposible hacer un llamado con carácter general dado que se trata de personal especializado que debe realizar el respectivo trabajo.

También puede ser causal de excepción el caso de ejecución de trabajos o adquisición de bienes amparados por marcas o patentes de invención. Esto se debe a que resultaría imposible la adquisición de los mencionados bienes a través de un llamado general ya que los mismos serían de venta exclusiva por parte de una persona o empresa determinada.

También será causal de excepción el caso en que se trate de un trabajo a ejecutar o el suministro de bienes por una persona o empresa que posea el monopolio de los mismos, evidentemente se hace imposible el llamado a licitación dada las circunstancias de hecho que rodean a la contratación. Al igual que bienes y trabajos protegidos por marcas o patentes de invención no resultaría factible llamar a la licitación por que si bien en el caso anterior existe una protección legal para el prestador en el caso que analizamos exige una circunstancia de hecho que impide el llamado a licitación.

En el caso de tratarse de bienes o servicios que deban ser adquiridos en otros estados nos lleva a la imposibilidad de poder

practicar la licitación, dado que esta requerirá una mínima infraestructura física, la disponibilidad de personal en los mencionados estados, lo que no siempre es factible. A pesar de existir esta excepción la ley de contabilidad no señala los casos en que se deberá recurrir a la contratación directa, pero razones éticas y políticas nos indican que se tendrá que recurrir a la misma cuando exista imposibilidad de adquirirlos en el país o que la calidad exigida por los mismos no sea reunida por los productos nacionales.

También tenemos como causal de excepción el caso de tratarse de bienes escasos. Esta escasez deberá reunir ciertas características:

- 1) Notaria escasez de los bienes a adquirir. Debe tratarse de una escasez que haga imposible la aplicación del procedimiento licitatorio. Ya que el mismo requiere de un mínimo de tiempo disponible lo que traería aparejado posiblemente que la licitación sea declarada desierta por no haberse recibido ofertas;
- 2) La escasez debe referirse al mercado interno, nacional, y no al mercado de plaza o regional, donde se encuentra radicado el licitante; es decir debe existir la imposibilidad práctica del llamado a licitación;

3) Las circunstancias señaladas anteriormente deben ser debidamente probadas y acreditadas.

8.4 Fracaso del Llamado a Licitación:

La licitación publica puede fracasar debido a varias causa y según las mismas serán las consecuencias que traerá aparejada:

*** Licitación Desierta:** La licitación es considerada desierta cuando la Administración no ha recibido ninguna oferta, por lo que trae como consecuencia que se pueda contratar en forma directa pero con los mismos pliegos y las mismas condiciones.

*** Licitación Fracasada por Inadmisibilidad de Ofertas:** Las normas legales también prevén como causal de contratación directa el caso en que se hubieran recibidos ofertas inadmisibles. La oferta inadmisible debe diferenciarse de la oferta inconveniente, ya que será considerada inadmisible aquella oferta que no se ajuste a las condiciones fijadas por la Administración aún cuando la misma sea conveniente.

Las consecuencias de una licitación fracasada por in admisibilidad de ofertas es la contratación directa pero en las mismas condiciones que se habían tenido en cuenta en el primer llamado; por que de lo contrario

se haría muy fácil manejar la contratación directa a través de la inclusión de cláusulas imposibles de cumplir por la mayoría de los oferentes y luego de declarado el fracaso de la licitación modificar dichas cláusulas y contratar con la empresa que se desee.

*** Licitación Fracasada por Inconveniencia de Ofertas:** La licitación fracasa en este caso por haber ofertas admisibles, ajustadas a los requisitos del pliego de condiciones respectivo, pero que por inconveniencia en el precio, financiación y otras circunstancias la misma no sea conveniente para el licitante. La licitación fracasada por esta razón no habilita el camino de la licitación directa.

*** Licitación Anulada:** En este caso tenemos que la licitación se anula por existir vicios en la sustanciación del procedimiento. Al igual que en el caso anterior no es causal de contratación directa sino de un nuevo llamado a la licitación, dado que se considera que no existió el primer llamado. Se hace necesario eliminar la práctica de generalizar con el nombre de licitación fracasada ya que las consecuencias jurídicas son diferentes el fracaso de la licitación, como vimos, puede ser por ofertas inadmisibles –En cuyo caso habré el camino de la contratación directa–,

también puede deberse a ofertas inconvenientes –En cuyo caso no se puede contratar directamente–.

8.5 Fases de la Licitación Pública

8.5.1 El Pliego de Condiciones

A la licitación Pública como procedimiento integrado por una serie de pasos, se le ha reconocido tres etapas primordiales hasta la finalización de la misma, esas etapas son: A) Etapa Preparatoria; B) Etapa Esencial y C) Etapa Integrativa.

Dentro de la etapa Preparatoria nos encontramos con un trabajo puramente interno de la Administración, sin participación de terceros ajenos a la misma. Dentro de esta etapa existen estudios de factibilidad jurídica, contable, financiera, física, económica y política del trabajo a realizarse, como así también comprenderá la preparación del pliego de condiciones.

Concepto: “Es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante que especifica el suministro, obra o servicio que se licita; las pautas que regirán el contrato; los derechos y obligaciones de oferentes y contratista y el mecanismo a seguir en la preparación y ejecución del contrato”

Entonces el pliego de condiciones va a contener todos los requisitos que van a regir el contrato, tanto en su formación como en la ejecución del mismo.

Esas disposiciones contenidas en el pliego de condiciones tienen por finalidad proteger los intereses de la Administración sin la participación de los interesados, estos últimos solamente van a tener que aceptar y cumplir las mismas.

Si bien la preparación es unilateral, esto no implica que en la misma la Administración actúe en forma discrecional sino que, obviamente no podrá incluir cláusulas ilegales o violatoria de disposiciones legales.

Además de establecer las disposiciones que van a regir el contrato, el pliego de condiciones servirá como elemento de interpretación en todas las etapas del mismo fijando para ello los derechos y obligaciones de las partes que forman parte del procedimiento.

Clasificación: La clasificación de los pliegos de condiciones va a depender de las cláusulas que contenga el mismo, así nos encontramos con:

* Pliego Administrativos y Técnicos: Los Administrativos son los que contienen cláusulas de orden jurídico y los segundos cláusulas de orden técnico.

* Pliegos Analíticos y Sintéticos: En los pliegos analíticos tenemos que las cláusulas especifican con minuciosidad todas las condiciones a que se deben ajustar la contratación, dejando para los oferentes solamente la indicación del precio. En cambio los pliegos sintéticos las condiciones se fijan de una manera abreviada y dejando librada a los oferentes las especificaciones particulares.

* Pliegos Generales y Particulares: Los pliegos generales son aquellos que contienen cláusulas aplicables a toda una categoría de contratos, por ejemplo aplicables a los contratos de obras Públicas, de suministros, etc. En general en estas cláusulas van a estar volcadas en las disposiciones legales que rigen en la materia. En cambio los pliegos particulares van a ser aquellos que establecen las disposiciones que rigen un contrato en particular, las especificaciones a que deben ajustarse los oferentes, en cuanto por ejemplo, cantidades, calidades, plazos, etc. A veces dan lugar a la elaboración de un documento

particular, pero también suelen presentarse como adicionales de las condiciones generales.

Naturaleza Jurídica: Es un problema discutido largamente por la doctrina ya que no existe unanimidad en cuanto a la misma. Por su parte Dromi se inclina por diferenciar la naturaleza jurídica de los distintos tipos de pliegos que pueden presentarse, analizando para ello los pliegos de condiciones generales separados de los particulares. Sostiene el autor citado que los pliegos de condiciones generales son un reglamento administrativo, de carácter general, dictado unilateralmente por la Administración, subordinado a la ley y que produce efectos jurídicos directos.

Se trata en consecuencia de actos normativos dictados por la Administración, y que tiene como destinatarios a todos aquellos que pueden participar en la contratación, y que a pesar que son aplicables a una determinada licitación no le quita el carácter de reglamentario, por lo que trae como consecuencia que la relación que existe entre el licitante y el contratante sea reglamentaria y no contractual.

En cambio, el pliego de condiciones especiales, que también es preparado por la Administración unilateralmente pero para un contrato

determinado, tiene efectos individuales para los oferentes que se presentan y se trata en este caso de un acto Administrativo.

La diferencia tiene importancia en cuanto a que los primeros se publican y se consideran de conocimiento general, en cambio que lo segundo es necesaria la notificación para que exista una vinculación entre licitante y el contratante. La impugnación en el primer caso es directa dado que es necesaria la impugnación de los actos que surjan como consecuencia de los mismos, en tanto que en el segundo caso la impugnación es directa del acto Administrativo en si mismo.

Dada la importancia jurídica que tienen los pliegos de condiciones es necesario que se respeten ciertos principios con respecto a los mismos:

a) El licitante debe respetar el pliego de condiciones, existiendo un principio general de no poder modificarlo. A pesar de ese principio general puede producirse una modificación de los pliegos antes de la adjudicación, pero esa modificación no puede afectar las ofertas ya presentadas lo que implicaría prácticamente un nuevo llamado a licitación y además en el caso que los oferentes anteriores decidieran

retirar sus ofertas y se hubieran realizado depósitos de garantía quedarían autorizados a retirar los mismo.

En el de no respetarse las pautas señaladas anteriormente se estaría violando los principios de igualdad y traería aparejada la nulidad de los actos celebrados hasta ese momento del contrato mismo si este ya se hubiera celebrado.

b) Puede producirse un rechazo de ofertas por ser inadmisibles en el caso de que las mismas no se ajusten al pliego respectivo.

c) Las cláusulas deben tener carácter general, impersonal y sin preferencia, salvo las previstas y autorizadas por las normas legales aplicables.

d) Tanto los oferentes, como el licitante y el adjudicatario deben ajustarse al pliego de condiciones como a la ley misma.

e) Impugnabilidad de los pliegos por parte de oferentes y terceros interesados en dos casos:

1° Cuando arbitrariamente se los excluye o impide participar en el procedimiento;

2° Cuando el pliego contenga cláusulas ilegales.

La etapa preparatoria –Dentro de la cual se encuentra la elaboración del pliego de condiciones- implica dentro de las etapas del gasto publico la afectación preventiva del respectivo crédito presupuestario, esto se hace en tanto se allá documentado la respectiva decisión del órgano respectivo de realizar el procedimiento de la licitación publica para la adquisición de bienes o servicios o para la realización de alguna obra publica determinada.

La afectación preventiva implica la reserva de un crédito del presupuesto anual, que es una etapa netamente interna de la Administración, sin la participación de terceros ajenos a la misma –que es la principal característica de esta etapa denominada preparatoria-, y surgirá como consecuencia de los estudios de factibilidad financiera que, necesariamente, deben realizarse antes de comenzar con el procedimiento propiamente dicho.

La decisión trae como consecuencia la afectación preventiva, esa decisión es de neto corte político, ya que implica que la autoridad respectiva observa una determinada necesidad Pública y buscara los medios necesarios para satisfacerla; en tanto que la afectación preventiva es una etapa de corte financiero ya que en la misma se procede a reservar

el crédito pertinente para la realización del gasto que implica aquella decisión política. Esa afectación se realiza con la finalidad que se inicien gestiones inútiles que, luego por no contar con el crédito respectivo no culminan en nada.

Esta etapa del gasto implica que la autoridad debe realizar las registraciones pertinentes, las cuales se harán de la manera que mas convenga a la mencionada autoridad teniendo en cuenta su organización y control.

8.5.2. Llamado a Licitación y Publicidad

El llamado a licitación: El procedimiento de la licitación es iniciado por la Administración a través de los informes técnicos, pliegos e imputación al crédito presupuestario respectivo y continua con el llamado a licitación, con este llamado a licitación se entrara en el procedimiento de formación de la voluntad contractual.

El Reglamento de Contrataciones del Estado establece los requisitos que se deben cumplir al iniciar el procedimiento:

- 1) Formular el pedido por escrito;
- 2) Establecer con claridad el objeto de la licitación, en cuanto a cantidades, calidades, especies, si los mismos deben ser nuevos o usados.

- 3) Fundamentar las razones que llevan a solicitar bienes distintos de los usuales o que significan una limitación a la concurrencia de los oferentes;
- 4) Estimar el costo de los mismos de acuerdo con las cotizaciones de plaza;
- 5) Suministrar todo otro antecedente que se considere de importancia para una mejor apreciación de lo solicitado.

Concepto: “El llamado a licitación es una decisión unilateral del órgano administrador, por la que elige el procedimiento de contratación e invita a los eventuales interesados en contratar, para que sujetándose a las bases y cláusulas elaboradas para la preparación y ejecución del contrato, formulen propuestas u ofertas; en otras palabras es un llamado de demanda que involucra un pedido de ofertas.

En consecuencia una vez tomada la decisión de contratar, el llamado a licitación es la concreción o materialización de dicha decisión de contratar. Esta decisión se debe ajustar a las pautas particulares de los pliegos de condiciones, como así también a las condiciones generales establecidas en las normas legales aplicables en cada caso particular.

Naturaleza Jurídica: El llamado a licitación es un acto Administrativo, dado que se trata de una decisión unilateral de la Administración, dictada en ejercicio de la función Administrativa. Podríamos decir que es un llamado genérico para la totalidad de los administrados, pero lo que ocurre en la práctica es que los interesados están perfectamente identificados e individualizados, dado que los mismos tienen que reunir determinadas condiciones subjetivas.

Publicación y Notificación del Llamado: Algunas veces se confunde el llamado a licitación con la publicidad del acto involucrado en el mismo, pero en realidad son actos separables perfectamente.

La diferencia fundamental está dada por el hecho que el llamado a licitación es un acto Administrativo, en tanto la publicidad tiene por finalidad dar a conocer a los administrados dicho acto Administrativo.

El Art. 62 de la ley de Contabilidad establece que “El llamado a licitación se debe insertar en el boletín oficial”; en consecuencia la misma ley está haciendo una separación de ambos actos.

Como podemos apreciar la publicidad del llamado a licitación no es el llamado mismo sino que son dos actos perfectamente separables, siendo

el llamado quien exige su publicidad para que el mismo llegue a conocimiento de los administrados.

Publicidad del Llamado a Licitación

Dado que el llamado a licitación es un acto Administrativo en si mismo es necesario que se sigan las disposiciones aplicables al mismo, y según se trate del procedimiento de contratación elegido será el sistema de publicidad a seguir por la Administración. Así para la licitación Pública es necesaria la publicación del mismo, en cambio para la licitación privada es necesaria la invitación, y para la contratación directa será la solicitud de ofertas.

Esta publicación es la divulgación del llamado a licitación, y como tal tiene o produce efectos jurídicos directos e inmediatos, siendo imprescindible para respetar los principios de la licitación Pública de concurrencia e igualdad.

Contenido: El reglamento de Contrataciones del estado establece que el contrato debe ser el siguiente:

- 1) Nombre del organismo licitante;
- 2) Objeto de la contratación;
- 3) Lugar donde pueden retirarse o consultarse las cláusulas particulares;

4) Lugar para la presentación de las ofertas;

5) Día y hora en que se procederá a su apertura.

Estos requisitos son los fijados por la norma y, por lo tanto de aplicación obligatorio, pero nada impide que el licitante le agregue otros requisitos a la publicación respectiva, siempre que con el mismo se colabore con la claridad del procedimiento en si mismo.

La publicación del llamado a licitación tiene una serie de consecuencias:

- * Con este llamado se inicia la fase sustancial del procedimiento.
- * Recién con la publicación comienzan a tomar parte del procedimiento lo particulares, que hasta ese momento no son considerados integrantes del mismo.
- * Se cumple la aplicación de los principios de la licitación que serán los de concurrencia e igualdad de trato.
- * En caso de incumplimiento por parte de la Administración traerá como consecuencia que todos los actos preparatorios y el contrato que se pudieran celebrar sean nulos.

Para la validez de la publicación es necesario que se cumplan algunos recaudos: El la ley de Contabilidad exige la publicación del llamado durante ocho (8) días y quince (15) de anticipación en el boletín oficial

cuando el monto estimado de la contratación exceda determinado monto.

Cuando la contratación no exceda dicho monto los días se reducen a dos (2) y a cuatro (4) respectivamente.

Por su parte el reglamento de contrataciones del estado tiene las siguientes disposiciones: Con los mismos plazos señalados anteriormente se deben realizar publicaciones en los boletines oficiales de las pprovincias en que se preste el suministro o servicio pertinente. Requisito que puede ser obviado en el caso de no existir boletines.

Asimismo se deben realizar publicaciones en el exterior en el caso de suponerse que puedan existir interesados en el mismo.

Los plazos fijados deben ser considerados mínimos, y en los casos en que la envergadura de la licitación lo aconseje se deben ampliar los mencionados plazos como así también realizarse publicaciones en otros medios de difusión.

Además de las publicaciones señaladas también pueden realizarse invitaciones a empresas del ramo que se encuentren inscriptas en el padrón de proveedores.

Requisitos que deben cumplir los interesados: Dado que se trata de una relación bilateral es necesario que aquellos interesados en la licitación deban cumplir determinadas condiciones subjetivas. Así será necesario que los mismos se encuentran inscriptos en los registros pertinentes Registro Nacional de Construcciones de Obras Publicas; Padrón de proveedores del estado y otros registros que puedan existir; al mismo tiempo se les exige que al presentar la oferta deberán constituir una garantía de oferta, con la finalidad de que el oferente mantenga la oferta respectiva.

Si bien existe la garantía o el derecho de todos los interesados de participar del procedimiento existen algunos casos en que los mismos pueden ser excluidos o rechazados por no reunir los requisitos exigidos por las disposiciones legales, reglamentarias, o del pliego de condiciones respectivo.

Para la exclusión del procedimiento señalado es necesario que la administración tenga los fundamentos necesarios para ello, por lo tanto es necesario que exista el proceso de exclusión, siendo indispensable que en el mismo se prevea el derecho de reserva del abastecedor.

Esta exclusión no implica una incapacidad para el oferente excluido sino que se trata de un impedimento de participar de la licitación en la que fue excluido cuando se trata de una exclusión particular, o de las licitaciones a que llame el órgano que dicto la exclusión –cuando se trate de una exclusión general-.

Inscripción: Nosotros tenemos como principio general que solamente pueden participar del procedimiento licitatorio aquellos interesados inscriptos en los registros pertinentes. La finalidad de esta inscripción es la de realizar una calificación de los interesados, esta calificación es moral, técnica y financiera.

Esa calificación tiene suma importancia para el licitante, dado que de esta manera se logra la idoneidad exigida para cumplir con el estado, para ello es necesario que al presentarse las ofertas, se acredite la inscripción en el registro o padrón respectivo.

En caso de presentarse una oferta de un oferente no inscripto lo que corresponde es rechazar la oferta presentada. Pero puede ocurrir que la inscripción sea cancelada antes de la adjudicación, en este caso la consecuencia es que el oferente no pueda ser adjudicatario.

A diferencia de lo dicho anteriormente, si esa inscripción se cancela después de la adjudicación, no tendrá efectos jurídicos para el adjudicatario.

Excepción a la inscripción: Las distintas disposiciones prevén excepciones a la inscripción en los registros correspondientes. Así la ley de obras publicas establece como excepciones las siguientes:

- Los inscriptos automáticamente: Se llaman así aquellos que hallan solicitado la inscripción, sin que el registro pertinente haya emitido el certificado correspondiente.
- Los inscriptos condicionales: En aquellos casos en que la empresa tenga ciertas especialidades para las cuales no sea necesaria la inscripción.

En los casos anteriores la inscripción se hace solamente para la obra licitada.

- Los exceptuados por el registro de constructores, con autorización expresa del mismo, y solamente cuando existan causales justificadas para otorgar tal excepción.
- Por monto menor, en los casos que a juicio del registro de constructores, para ello el órgano mencionado

anteriormente emite todos los años los montos por debajo de los cuales no es necesario este registro.

Garantía PRE-contractual: Además del registro establecido anteriormente es necesario que los oferentes cumplan con la garantía PRE-contractual, también llamada garantía de oferta, garantía de mantenimiento de oferta.

La finalidad perseguida por esta garantía es que el oferente mantenga su oferta por el plazo que demora el procedimiento respectivo. Los montos, plazos, forma y momento en que se deben realizar las mismas están reguladas por las disposiciones aplicables en cada caso particular.

Hay que hacer una diferenciación entre la garantía PRE-contractual de la garantía definitiva o contractual que tiende a asegurar a la administración el cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

Esas garantías deben ser reintegradas por la administración una vez que se ha procedido a la adjudicación respectiva. Esta devolución puede ser de oficio o a pedido de parte interesada. Será a solicitud de parte

aquellos casos en que se ha procedido a la adjudicación y la administración no ha realizado la devolución respectiva.

Si bien existe la obligación de construir las garantías señaladas existen excepciones a ese recaudo. En el caso de la ley de obras publicas esa excepción esta referida al monto de la operación de que se trate. Por su parte el reglamento de contrataciones del estado prevé las siguientes excepciones a la regla general: 1) En razón del monto de la operación. 2) En la contratación de artistas o profesionales. 3) Contratación de avisos publicitarios, adquisición de publicaciones e inmuebles y locación de los mismos, cuando el estado actúa como locatario. 4) Contrataciones entre organismos del estado, incluidas las empresas del mismo.

8.5.3La Oferta

La etapa siguiente al llamado a licitación es la oferta, que a la vez comprende toda una serie de actos por parte de los oferentes y de la administración, que en el orden de aparición son los siguientes:

1). Presentación –acto del oferente-; 2) Recepción; 3) Apertura –los dos últimos corresponden a la administración-, 4) Aclaraciones y observaciones –corresponde al oferente realizar las mismas-; 5)

Suscripción del acta; 6 Admisión; 7) Inadmisión o rechazo –las tres ultimas corresponden a la administración-

Presentación de las propuestas: El oferente, una vez que ha realizado los estudios pertinentes, el cálculo de los costos involucrados, procede a la presentación de la oferta. La misma deberá ajustarse a las disposiciones legales aplicables y al pliego de condiciones. Dada la propia naturaleza de la oferta la misma reviste un acto unilateral del oferente, el cual puede o no ser aceptado por la administración.

La oferta deberá reunir determinados requisitos los cuales son los siguientes:

* Requisitos subjetivos: Está referido a las condiciones que debe cumplir el oferente para que la misma sea aceptada. Este punto fue analizado con anterioridad. * Requisitos Objetivos: Están referidos al objeto de la contratación. Para ello el Art. 61 inc. 53 establece que la oferta debe contener los siguientes: 1) Precio unitario del producto licitado, como así también el precio total de la oferta; 2) Cotización de la oferta, libre de envases, indicándose los gastos de embalaje. Salvo el caso de que el producto posea un envase especial en cuyo caso corresponderá a la administración proceder a la devolución de los

mismos, si así no lo hiciere, el oferente o puede iniciar el cobro de los mismos por entender que el licitante ha optado por adquirir los mismos.

3) El origen del producto ofrecido, si no se cumple con este requisito se entiende que el mismo es de producción nacional.

* Requisitos formales: se trata aquí de un requisito netamente procedimental. Tenemos como requisitos exigidos los siguientes: 1) Oferta escrita; 2) Firmada; 3) Debe ser clara e incondicionada; 4) Secreta; 5) Lugar y fecha de presentación.

Con respecto a los requisitos formales, estimamos que no requieren demasiadas aclaraciones, solamente con relación a que la oferta debe ser secreta, para ello, la misma deberá presentarse en sobre cerrado –En general- y lacrado para el caso de obras publicas.

De todos los requisitos señalados, puede presentarse el caso de que existan vicios en los mismos, pero en la medida que hagan a la esencia misma de la oferta. Así en el caso de los requisitos formales tenemos que serán causales de rechazo las siguientes: 1) Falta de firma; 2) Oferta escrita a lápiz; 3) Falta de especificaciones; 4) Raspaduras o enmiendas en partes importantes de la oferta.

Dado el carácter de privado y voluntario que tienen las ofertas, le serán aplicables a las mismas las disposiciones del Derecho privado en cuanto a los vicios que pueden afectarla, así podemos tener el caso de error en la consignación de determinados datos exigidos, vicio de la voluntad en cuanto a su formulación por el oferente, por ejemplo que el mismo haya actuado bajo presión psíquica o física para que formule una determinada oferta.

La existencia de una única oferta no afecta el procedimiento ni lo anula, ya que el oferente único, al realizar la presentación respectiva, y la misma haber sido aceptada por el licitante, adquiere el derecho subjetivo de que la misma sea analizada, en consecuencia la anulación del procedimiento por esta circunstancia sería violatorio de los mencionados derechos. Esto ha sido receptado tanto por la ley de obras públicas como por el reglamento de contrataciones del estado.

Es posible que el oferente al presentar su oferta, realice en la misma una oferta alternativa, la que no puede ser tomada en cuenta por el licitante en los casos en que el pliego de condiciones no prevea dicha posibilidad. Esta oferta alternativa no debe confundirse con el pedido de

ofertas alternativas por parte de la administración. En este ultimo caso el oferente puede optar por presentarla o no hacerlo.

La oferta una vez realizado el acto de apertura no puede ser modificado por el oferente, pero dicha modificación puede ser realizada con anterioridad a dicho acto.

Recepción de las ofertas: La presentación de las propuestas por parte del oferente trae como lógica consecuencia, la recepción por parte del licitante, que se trata de un mero trámite, sin efectos jurídicos directos o inmediatos.

La administración tiene la obligación de recibir todas las propuestas presentadas, lo que no genera derechos a favor del oferente, ni impide que con posterioridad la misma sea rechazada. El rechazo de una oferta constituye un acto administrativo sujeto, en consecuencia, a los procedimientos y recursos de los mismos, pudiendo entonces, el oferente presentar el recurso jerárquico correspondiente o habilitar la vía judicial correspondiente.

Apertura de las ofertas: En esta etapa se procede a dar a conocer la totalidad de las ofertas recibidas por el licitante.

Juntamente con la apertura de los sobres respectivos se procede a la lectura de las ofertas presentadas, en presencia de los funcionarios actuantes, los oferentes interesados en este acto y demás particulares que se encuentran en el lugar, día y hora señalados en el llamado a licitación, que en principio, es impostergable, salvo el caso previsto en el reglamento de contrataciones que prevé el caso de que el día señalado sea no laborable, en cuyo caso el acto deberá realizarse en el día hábil inmediato siguiente.

Una vez que se ha procedido a la apertura de los sobres los oferentes no pueden realizar ninguna observación a las ofertas, pero si pueden hacerlo con relación al acto en sí mismo y observar asimismo las demás ofertas que consideren que no se ajustan a los requisitos fijados en los pliegos de condiciones. Esas observaciones dan lugar a que las mismas se registren en el acta que se debe labrar en el acto de apertura.

Suscripción del acta: Toda la actuación de la apertura respectiva debe ser volcada en un acta que a tal efecto deberá labrarse y que debe contener: 1) Número de orden asignado a cada oferta; 2) Monto de la oferta; 3) Nombre del oferente y numero de inscripción en el registro

correspondiente; 4) Monto y forma de la garantía; 5) Observaciones e impugnaciones que se hubieran realizado en el acto.

Esa acta deberá ser firmada por los funcionarios autorizados a hacerlo, como así también por los oferentes y asistentes que deseen hacerlo.

Admisión de las ofertas: Una vez que se ha procedido a la apertura de las ofertas respectivas, corresponde a la administración realizar la aceptación o rechazo de las mismas. La aceptación por parte del licitante implica un acto administrativo, que va a dar nacimiento a derechos subjetivos para aquellos oferentes cuya propuesta sea aceptada.

Nuestro régimen jurídico no habla de las ofertas aceptadas por el licitante, sino que se refiere a la desestimación de las mismas por las cuales antes analizadas. Esta aceptación puede ser tácita, al referirse a las rechazadas la administración estará aceptando las restantes.

La aceptación de las propuestas genera desde ese momento una serie de derechos y obligaciones tanto para el licitante como para el oferente, así tenemos las siguientes consecuencias:

- * El licitante deberá estudiar la oferta aceptada, para elegir de esta manera la más conveniente. En consecuencia se genera un derecho para



el licitador de que la propuesta aceptada sea analizada y ~~tenida~~^{tenida} en cuenta al momento de decidir.

* La propuesta, una vez que la misma ha sido aceptada no puede ser modificada, revocada ni retractada; esto se debe básicamente que la misma genera una relación vinculante ante el licitante y el oferente. Esa relación vinculante entre ambos sujetos consiste en una promesa de contrato por parte del licitador en caso de ser adjudicado, como así también deberá indemnizar en caso de incumplimiento contractual.

La prohibición de modificar las ofertas es una consecuencia del principio de igualdad que en todo momento debe regir el procedimiento, dado que si estuviera permitido dicho principio se vería lesionado seriamente.

* Esas ofertas deberán ser mantenidas por el oferente por el plazo fijado. Este plazo no puede ser modificado unilateralmente por el licitante, porque de lo contrario podría traer aparejada la imposibilidad de mantenerlas por parte de los oferentes. Este plazo de mantenimiento de las ofertas supone que las mismas serán analizadas por la administración en el mismo –Lo que no siempre ocurre- y resulta de ello que el licitante deba solicitar a los oferentes que renueven o ratifiquen su oferta.

También es posible que los pliegos prevean una renovación o prórroga automática del plazo de mantenimiento.

Las consecuencias de la prórroga son las siguientes:

Ley de Obras Públicas: si el oferente se retracta antes del vencimiento del primer plazo perderá la garantía de oferta. Pero si dicho plazo es prorrogado automáticamente y antes del vencimiento del mismo los oferentes se retiran no existe penalidad alguna.

Reglamento de Contrataciones: Se deben mantener las ofertas durante treinta días contados a partir de la apertura de las mismas o la que se fije en los pliegos de condiciones. En caso de no mantenerse las ofertas durante el plazo señalado, es facultad de la administración considerar o no las mismas. Una vez vencidos los plazos señalados, las mismas caducarán automáticamente.

Como contrapartida del mantenimiento de las ofertas tenemos el desistimiento de las ofertas que traen como consecuencia directa la pérdida del depósito de garantía respectiva, este desistimiento puede producirse en cualquier momento anterior a la formalización del contrato. Si el retiro corresponde a la oferta más conveniente, antes de realizarse la adjudicación respectiva, el licitante puede adjudicar a la

oferta que le siga en orden de conveniencia, si el retiro se realiza por parte de la oferta más conveniente, después de adjudicada, el licitante puede contratar con la oferta que le siga en conveniencia.

También puede producirse la caducidad de la oferta por varias razones:

- * Por vencimiento del plazo: Una vez que se ha producido el vencimiento del plazo de mantenimiento de las ofertas, las mismas caducan automáticamente, a pesar de ellos la legislación atenúa en este caso a través de la prórroga automática del plazo, por prórroga convencional, o por intimación al licitante.

- * Caducidad de las ofertas sin plazo de mantenimiento: Es posible que en los pliegos de condiciones no se establezca plazo de mantenimiento de las ofertas –ilícitamente-, en consecuencia el retiro de la oferta por parte del oferente deberá realizarse en forma expresa, pero también puede ocurrir que halla transcurrido un lapso razonable de tiempo como para que el licitante halla tenido el tiempo suficiente como para analizar las propuestas recibidas en cuyos casos la caducidad se producirá una vez transcurrido el mismo.

* Caducidad por muerte o incapacidad del oferente: Es posible que en la contratación se tenga en cuenta la calidad personal de los oferentes, en cuyo caso la muerte o incapacidad sobreviniente traiga como consecuencia la caducidad de la oferta correspondiente.

Empate de ofertas: Puede ocurrir que dos o más oferentes presenten propuestas con idénticos precios en cuyo caso el licitante deberá decidir con cual de las propuestas celebrara el contrato respectivo. Tal circunstancia esta prevista por el reglamento de contrataciones del estado señalando para ello que la administración debe elegir la propuesta que ofrezca mejor calidad de los productos ofrecidos. En caso de mantenerse el empate la administración debe invitar a los oferentes que mejoren sus ofertas en un plazo de tres días, plazo que se extiende a ocho en caso de que uno de los oferentes resida a mas de 100 Kilómetros de distancia de la sede de donde se procedió a la apertura de sobres. Luego en el día y hora señalado se procede a la apertura de los sobres, labrándose el acta pertinente. En caso de que uno de los oferentes invitados a desempatar guardara silencio se entiende que mantiene la oferta correspondiente.

En caso de persistir el empate luego del nuevo procedimiento indicada anteriormente, se adjudicara a la propuesta que ofrezca descuentos por pagos dentro de los 30 días; si aun así se mantiene esa situación entonces de deberá recurrir a un sorteo publico de las ofertas empatadas.

La ley de obras publicas guarda silencio respecto al empate de ofertas, pero ello puede ser salvado por el pliego de condiciones.

Rechazo de Oferta: En los casos de que las ofertas no cumplan con los requisitos subjetivos, objetivos o formales trae como consecuencia el rechazo de la misma. Así el reglamento de contrataciones establece que serán rechazadas las ofertas que:

- 1).- No están firmadas por el oferente –Requisito formal-;
- 2).- Que estén escritas con lápiz común –Requisito formal-;
- 3).- Que carezcan de la garantía correspondiente, cuando la misma sea exigida;
- 4).- Que sean presentadas por sujetos no inscriptos en los registros correspondientes
- 5).- Que la misma no tenga especificaciones;
- 6).- Que existan raspaduras o enmiendas.

Por su parte la ley de obras públicas establece que la recepción de las ofertas no implica la obligación para el licitante de su aceptación, en consecuencia no exista obstáculo para que la misma sea rechazada.

8.5.5 Adjudicación de la licitación

Preadjudicación: La etapa de la adjudicación es la más importante del procedimiento de selección, y esta adjudicación no es realizada en oportunidad de apertura de las ofertas como así tampoco inmediatamente después, sino que las ofertas son estudiadas y clasificadas en orden de mérito por las oficinas técnicas correspondientes.

Luego de este estudio y clasificación la administración procede a elegir la más conveniente para la misma, esta elección de la oferta, más conveniente recibe el nombre de Preadjudicación o adjudicación provisional.

Dada la clasificación por los órganos consultivos, técnicos correspondientes resulta interesante analizar si esa Preadjudicación da nacimiento a derechos por parte del oferente elegido en primer lugar o si

el órgano licitante puede apartarse de lo dispuesto por dichos órganos consultivos.

En este sentido se entiende que la Preadjudicación no tiene carácter vinculante y que el órgano licitante puede apartarse de lo sugerido por los órganos consultivos o técnicos, ya que como su nombre lo indica dichos órganos solamente realizan asesoramiento al licitante quien es en definitiva quien debe realizar la adjudicación definitiva.

Por su parte las disposiciones legales prevén también la existencia de la Preadjudicación. La ley de obras públicas se remite a la ley de contabilidad y el reglamento de Contrataciones del estado prevé ese mecanismo de la Preadjudicación como paso necesario para llegar a la adjudicación definitiva.

Una vez que se ha realizado la Preadjudicación es necesario que la misma sea dada a conocer a través de la publicidad. En este sentido el reglamento de contrataciones establece que se deben realizar los anuncios en la oficina licitante, en lugar visible y con acceso al público; dicha comunicación debe realizarse por tres días en el caso de licitación pública. Asimismo si el licitante decide cambiar la Preadjudicación por otra oferta se debe realizar la publicación señalada anteriormente, como

así también la tiene que comunicar al oferente preadjudicado dicha decisión, antes de realizarse los anuncios señalados anteriormente.

Este Preadjudicación puede ser objeto de impugnaciones por parte de los demás oferentes, para lo cual solo poseen tres días, como mínimo, contados desde el plazo fijado para los anuncios, en caso de existir dichas impugnaciones el órgano licitante deberá resolverlas para proceder a la adjudicación definitiva.

Adjudicación.:

Una vez que ha finalizado la etapa de la Preadjudicación comienza automáticamente la etapa bajo análisis.

A través de este acto se da a conocer la voluntad del estado de designar con quien, en definitiva, va a celebrar el contrato, respectivo, poniendo de esta manera fin al procedimiento administrativo PRE-contractual, quedando de esta manera rechazadas las demás ofertas en forma automática.

Con la adjudicación la Administración lo que está haciendo es elegir la oferta más conveniente y da por finalizado el proceso de la licitación quedando por realizar un acto externo al mismo, que es la aprobación, formalización o notificación.

El contrato tiene nacimiento con la formalización del mismo, siendo necesario para ello la voluntad del oferente para que el contrato exista de manera indubitable.

Como podemos ver la adjudicación no implica el contrato en sí mismo, sino que esta etapa es precontractual, con ella termina la etapa licitatoria pero no el contrato mismo.

Esta adjudicación es un acto administrativo, siendo posible que este acto sea simple o complejo. Es un acto simple cuando es un solo órgano el que lo emite y complejo en aquellos casos que para su formación sea necesaria la participación de más de un órgano administrativo.

Para la elección del contratista la Administración debe analizar una serie de circunstancias que rodean a las ofertas recibidas. Para ello pueden seguirse dos criterios.

- * Cuantitativo: En este caso se estudiarán circunstancias especiales como ser precio, peso, tiempo de ejecución, dimensión, rendimientos, etc.

- * Cualitativos: En este caso no se analizarán cantidades sino que lo que interesará son otras circunstancias, por ejemplo la experiencia,

especialidad del oferente de acuerdo al contrato respectivo, mejor calidad técnica, etc.

Para esta elección no siempre se sigue un cambio exclusivo sino que en el análisis de las ofertas se aplican en forma combinada ambos criterios, buscando adjudicar en la oferta más conveniente de acuerdo a los precios más convenientes, los plazos más beneficiosos para la Administración, los descuentos más altos, las mejores garantías de idoneidad de los oferentes, la especialidad de los mismos, etc.

Así por ejemplo se establece para la ley de obras publicas que la adjudicación deberá recaer en la oferta más conveniente. Este criterio ha sido también adoptado por el reglamento de contrataciones del estado.

A pesar de estos criterios que deben ser seguidos para la adjudicación de la licitación existen determinados casos en los que la Administración puede dar preferencias para establecer quien será su contratante, éstas preferencias no implican una violación al principio de igualdad que, necesariamente, debe regir en todo el procedimiento licitatorio, es lo que ocurre en los casos en que tal preferencia estará dada por aquellos oferentes de productos nacionales, contratación con empresas nacionales, exclusividades o monopolio, etc. En todos los

casos señalados anteriormente esas preferencias dependerán del pensamiento político que se encuentre vigente, ya que el poder administrador podrá tener una ideología nacionalista en donde regirán plenamente los conceptos vertidos más arriba: Esto no ocurre en el actual período democrático que vive nuestro país, ya que las preferencias por los productos nacionales, empresas nacionales, etc. No rigen cuanto a las contrataciones que celebra el estado.

Todas las preferencias señaladas son de carácter subjetivas, pero suelen haber ciertas preferencias en razón de las ofertas, por ejemplo en razón del descuento ofrecido por los proponentes.

Como podemos apreciar la decisión final de la adjudicación queda librada a la voluntad de la autoridad administrativa, de modo que en su análisis participen varios organismos, de carácter técnico, financiero, y en caso de ser necesario de orden científico, de todas maneras la decisión final será tomada por el órgano administrador sin que existan reglas rígidas que deban ser seguidas para llegar a la adjudicación habiéndose elastizado dichas normas comenzándose a hablar de la oferta más conveniente, permitiendo de esta manera a la administración un estudio mas profundo que la apreciación del precio únicamente.

Lo dicho anteriormente no implica de manera alguna que la administración tenga un poder ilimitado en cuanto a la decisión final, sino que la misma debe ser razonable, fundada y motivada, y de ninguna manera implica que la administración pueda ser arbitraria o de manera que implique una lesión a los derechos de los demás oferentes.

A pesar de que la licitación publica finaliza con la adjudicación es posible que antes de la misma se produzca un desestimiento de administración, esto es factible, dado que antes de la adjudicación los oferentes no tienen ningún derecho, salvo el de ser adjudicatarios, pero no implica en manera alguna un acuerdo contractual, que lleve a la administración a asumir obligaciones frente a los oferentes.

Los derechos subjetivos de los oferentes surgen con la adjudicación, pero antes de la misma solamente tienen derecho legítimo de participar en el procedimiento, o en su caso de ser adjudicados.

La etapa de la licitación tiene ciertos efectos que serán los siguientes.:

- * Derechos subjetivos para el adjudicatario de contratar con la administración.

* Como consecuencia de lo anterior la obligación por parte de la administración de contratar con el adjudicatario.

* Mantenimiento de los pliegos de condiciones.

* Derecho a los daños y perjuicios producidos por el desestimiento de la adjudicación o por rescisión del contrato por causa imputable al licitante.

* Derechos de los oferentes a retirar los documentos y garantías aportadas por los mismos.

* La obligación del adjudicatario de depositar la garantía de cumplimiento del contrato.

A demás de los efectos jurídicos señalados la adjudicación va a traer como consecuencia la formalización del contrato respectivo, esa formalización será distinta según el tipo de contrato que se trate, en el caso de contrato de suministro la misma se produce con la emisión de la orden de compra respectiva y en el contrato de obra publica con la firma del contrato. Esa formalización tiene una consecuencia directa en la Contabilidad del Estado ya que la misma se relaciona con una etapa del gasto público que es la de compromiso del gasto. Esa formalización tiene

la característica de que el estado conoce con exactitud el monto del gasto a erogar.

En consecuencia relacionamos esta etapa de la licitación con la etapa del compromiso, esto implica realizar un ajuste en la afectación preventiva, ya que esta última fue realizada sobre bases estimativas y con la formalización y todos los estudios hechos para llegar a la misma se conoce con exactitud cual es la oferta favorecida con el procedimiento y, en consecuencia, el monto de la misma, es por ello que se procede, de alguna manera, a la correcta imputación del gasto, y en este momento del procedimiento sobre bases ciertas y exactas.

Cuando como consecuencia del contrato el adjudicatario comienza a ejecutar el mismo, ya sea que se trate de una obra publica, de un suministro, de una prestación personal, etc. Y por lo tanto el estado comienza a recibir bienes o servicios se genera para este ultimo la obligación de pagar esos bienes o servicios, entonces tenemos que la obligación se transforma automáticamente en deudor de su contratista ya que este ultimo habrá cumplido –sea total o parcialmente- su parte del contrato. Como consecuencia de lo que estamos viendo tenemos que en

la Contabilidad del Estado se tiene que practicar la pertinente registración del compromiso, asumido por la Administración.

Es decir que lo que corresponderá al estado es registrar un pasivo que se le ha producido, como consecuencia de los bienes o servicios recibidos.

En los casos en los que el compromiso –que es la etapa anterior del gasto no llegara a transformarse en obligación o lo que es lo mismo en pasivo, lo que corresponderá será ajustar las registraciones de la afectación preventiva y el compromiso pertinente.

La etapa posterior al compromiso o pasivo es la liquidación de la obligación, eso implica documentar la exigibilidad de la deuda correspondiente, las causas de la misma y el acreedor a quien corresponde.

Como consecuencia de la liquidación la etapa siguiente en el gasto publico es la orden de pago pertinente por parte de la autoridad pertinente con lo cual se termina las etapas del gasto publico que se origina como consecuencia del perfeccionamiento del contrato que tiene su nacimiento en el procedimiento licitatorio.

Si bien todo lo analizado en cuanto a los pasos que siguen en la constitución del gasto publico forman las distintas etapas del mismo, es posible que mismas etapas del mismo se hagan simultáneamente, como ocurre generalmente con la recepción y conformidad de los bienes y servicios, liquidación y mandato a pagar, lo que facilita las tareas de registración del gasto publico incurrido.

9. La Licitación Privada

La licitación privada es aquella a la que solo pueden presentarse como oferentes las personas o entidades expresamente invitadas al efecto por la administración publica.

La nota diferencial con la licitación publica consiste en que, en esta ultima pueden ser oferentes o licitadores todas las personas o entidades que hallándose en condición para ello desde el punto de vista legal o reglamentario; deseen presentarse a la licitación es decir entonces que en la licitación publica el número de oferentes puede ser ilimitado, pues no hay limitación al numero de licitadores.

De manera que mientras en la licitación pública la afluencia de proponentes es ilimitada, en la licitación privada dicha afluencia es limitada.

Además en la licitación pública la presentación de oferentes obedece a un llamado público efectuado por la Administración, en tanto que en la licitación privada dicha presentación responde a una invitación especial, personal, directa formulada por la administración. De ahí que a la licitación pública suele denominársela licitación abierta y a la licitación privada, licitación cerrada o restringida.

Nuestras leyes regulan los supuestos en que procede la licitación privada. Así lo dice la Ley de Obras públicas y el dec. – ley de contabilidad 23354/56

En la licitación privada pueden ser oferentes o proponentes las personas o entidades especialmente invitadas por la Administración.

Para efectuar un estudio profundo de la licitación privada cabe aquí hacernos preguntas: ¿Es libre la Administración de invitar a cualquier persona o entidad y cualquiera sea el número de dichas personas o invitados?

El reglamento de Contrataciones del estado devela estos interrogantes: debe invitarse como mínimo a seis (6) casas comerciales del rubro, las cuales deben hallarse inscriptas en el padrón de proveedores. Además dichas invitaciones deben efectuarse en forma rotativa dentro de las firmas inscriptas en dicho padrón en el rubro respectivo.

Estas disposiciones de la reglamentación o la ley de contabilidad, deben efectuarse en forma rotativa dentro de las firmas inscriptas en dicho padrón en el rubro respectivo.

Estas disposiciones de la reglamentación o la ley de contabilidad, deben extenderse a todo otro tipo de contrato, ejemplo es el de construcción de obras públicas.

No obstante lo preceptuado por el reglamento de contrataciones del estado deben hacerse al respecto las siguientes advertencias o salvedades:

1º) la norma reglamentaria dice que en las licitaciones privadas se invitará como mínimo a seis casas comerciales del rubro, inscriptas en el padrón de proveedores. La expresión casas comerciales utilizada es poco feliz. Cuando el reglamento habla de casas comerciales, debe entenderse

que se refiere a personas o entidades, pues las casas comerciales no son, en principio, sujetos de derecho sino meros objetivos del mismo.

2º) Según dicha norma reglamentaria deben invitarse a persona o entidades inscriptas en el padrón de proveedores. A pesar de esta última exigencia, se estima que no hay impedimento legal para que la invitación sea formulada a personas o entidades no inscriptas en el mencionada padrón, siempre y cuando las circunstancias justificaren razonablemente ese temperamento. Así por ejemplo si dentro del país no hubiera el producto o cosa que se desea adquirir podrá invitarse a firmas establecidas o domiciliadas en el exterior. Dentro del país podría invitarse también a personas o entidades no inscriptas en el padrón de proveedores cuando se trate de propietarios de la cosa o producto y que no se dediquen habitualmente a su venta; como así también cuando se trate de servicios u obras de artistas o profesionales.

Puede suceder que habiéndose llamado a licitación privada ésta fracase por incompetencia total de las firmas ya sean proveedores o constructores invitados. Esta situación debe resolverse recurriendo a la contratación directa, es decir al trato privado, pues el caso queda asimilado a la licitación desierta.

La ausencia de oferentes en la licitación privada constituye un supuesto similar al expresamente previsto en la norma respecto a la licitación pública, por lo que puede afirmarse que la “ratio legis” vale igualmente para uno u otro caso.

Otra cuestión a dilucidar es si en la licitación privada corresponde exigir que los oferentes efectúen depósitos de garantía de ofertas y de adjudicación.

Los textos no contemplan expresamente este punto.

Así en función de un análisis integral de la licitación privada podría sostenerse que las obligaciones señaladas corresponderán ser cumplidas por los proponentes respectivos, tal como ocurre con los casos de la licitación pública. Para ello cabrían los siguientes argumentos:

1º) Que al referirse a la licitación privada las normas vigentes nada dicen acerca de si los licitadores que se presenten a la licitación privada deben o no otorgar los referidos requisitos.

2º) Que no conteniendo excepción alguna de las leyes o normas vigentes, en la licitación privada deben cumplirse todos los requisitos exigidos en la licitación pública, salvo claro está, el de la publicidad del llamado a licitación que sería reemplazado por la invitación directa.

El licitado u oferente debe ser eximido de la obligación llamada garantía de la oferta. Ello por dos razones:

1º) porque la razón a la cual responde la garantía de oferta que significa la obligación de mantener la propuesta por el lapso estipulado- queda satisfecha por la elección voluntaria que hace la Administración de las personas o entidades que podrán presentar ofertas, personas que al efecto son especialmente invitadas, lo cual significa que la Administración tiene la posibilidad de elegir a los oferentes que por lo menos cumplan con el requisito de mantener sus ofertas durante el término establecido, todo esto hace que no se justifique obligar al licitador a inmovilizar capital alguno en calidad de garantía o proveer otro tipo de fianza.

La segunda razón para librar al oferente de la garantía es contraproducente y que la postura o tendencia es la eliminación de la misma.

La licitación privada carece de un complejo de normas o de principios de aplicación exclusiva a ella, lo que trae como consecuencia de que la misma se rige subsidiariamente por las normas y los mismos principios aplicables a la licitación pública, salvo en lo atinente al

llamado a licitación, aspectos en que ambos tipos de licitación se rigen por criterios diferentes a saber:

- En la licitación pública se aplican las reglas sobre publicidad basadas en la publicación del llamado.

- En la licitación privada sólo se utiliza el sistema de invitación directa a las firmas seleccionada o elegidas por la Administración Pública.

Pero, exclusión hecha de lo relativo a la publicidad del llamado y salvo en lo que respecta a algún o algunos requisitos expresamente establecidos por la legislación para la licitación privada, por ejemplo número de proveedores o entidades a quien debe invitarse, en forma rotativa o no de efectuar la invitación, en todo lo atinente al procedimiento como así también en lo que se refiere a la adjudicación, ambos tipos de licitación se rigen por iguales trámites o normas.

Una cuestión interesante a plantear es cuando la licitación ha sido declarada desierta o por haber fracasado la misma y debe recurrirse a la licitación privada, se deben o no utilizar los mismos pliegos de condiciones, la mayoría de la doctrina se ha pronunciado en sentido afirmativo es decir se deben utilizar los mismos pliegos de condiciones

que los utilizados en la licitación pública fracasada, sino no se podría recurrir a la licitación privada como procedimiento subsidiario de solución.

De cambiarse los pliegos, lo que correspondería es llamar a una licitación pública.

10. El Concurso de Precios.

Cabe, antes de abordar el tema de concurso hacer una breve reseña sobre las diferencias entre lo que es un concurso y licitación e incluso en el remate. El substrato común que trasuntan todos esos conceptos, concurso, licitación y remate, consisten en que en todos ellos aparece el factor “conurrencia”, en el sentido de oposición entre los diversos conceptos; en cambio difieren y esto si es importante, en el aspecto en el cual incide esa oposición, en el tema que nos ocupa –concurso- se tiene principalmente en vista el “factor personal” y en los otros casos - Licitación o remate- se consideran las condiciones técnicas y financieras.

Las figuras mencionadas difieren también no solo en el procedimiento, sino también en los supuestos que justifican cada uno de esos sistemas de contratación.

“Concurso” es la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas. Es un concepto específico que rige en el ámbito jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, hablar por ejemplo de “concurso de precios” no es recomendable, aunque gramaticalmente se extienda el significado de “concurso” al llamamiento que se hace a quienes deseen encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas. Para esto el término o vocablo jurídico preciso es la licitación y no el concurso.

El vocablo concurso debe reservarse para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas: Es un medio de selección de la persona más idónea o capacitada para el cumplimiento de una tarea y tiene en cuenta preferentemente las condiciones “personales” del candidato, en cambio en la licitación, para la elección del contratista el factor personal no es decisivo.

El concurso no está previsto en la ley de Contabilidad ni en el Reglamento de Contrataciones del Estado. El poder Ejecutivo por acto

particular o general, puede habilitar este procedimiento ya que la ley establece que las contrataciones se harán por regla general previa licitación pública.

En el contrato de obra pública se incluye al concurso como forma de contratación si bien las normas no lo regulan en particular. Pero ha quedado establecido el concurso-subasta siempre que se incluyan en las condiciones del llamado y se fijen pautas generales para la selección.

De manera que el concurso es un medio de selección del contratista que tiene fundamental y esencialmente en cuenta las condiciones personales del candidato –Técnicas, artísticas, científicas y culturales-.

De ello resulta que la aplicación de dicho sistema de selección se reduce o debe reducirse a los supuestos en que la contratación tenga esencialmente en cuenta las condiciones personales del candidato. Se llamarán entonces a concurso para proveer un cargo de profesor titular de la universidad o para realizar una obra de arte. Claro está que el primer ejemplo no se refiere específicamente a concurso de precios, pero si el segundo de los dados.

Tal es el concepto de concurso considerado como medio de selección del contratista de la Administración. No obstante, suele hablarse de “concurso de precios”. El concurso, propiamente dicho nada tiene que ver con el precio, pues consiste en la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, etc. entre dos o más personas: Es un medio de selección de la “persona” más autorizada para el desarrollo de una tarea.

En cambio la licitación consiste en un llamado o invitación para que se indiquen precios respecto a la provisión de tal o cual trabajo. Por tanto, no es plausible ni recomendable hablar de concurso de precios. Dicha expresión se refiere mas bien entonces a la licitación.

A veces el concurso no es utilizado directamente para seleccionar al contratista definitivo de la Administración, es decir al que construirá o llevará a cabo la obra que desea realizarse, sino para seleccionar el proyecto cuya realización se le confiará después de un tercero quien a su vez será seleccionado por el sistema que corresponda seleccionar al contratista definitivo de la Administración, es decir al que construirá o llevará a cabo la obra que desea realizarse, sino para seleccionar el proyecto cuya realización se le confiará posteriormente a un tercero quien a su vez será seleccionado por el sistema que corresponda.

Los más frecuentes de tales concursos son realizados entre ingenieros o arquitectos para la confección de proyectos de obra, pero también puede referirse a la construcción de documentos, estatuas, esculturas o la realización de obras pictóricas.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de este concurso?. Para contestar este interrogante habrá ante todo que tener presentes las bases del llamado a concurso, cuyas cláusulas son obligatorias para la Administración, pues va de suyo que tales cláusulas integran el bloque de la legalidad y limitan la actividad de la Administración. Desde luego, dichas bases también son obligatorias para los que acceden al concurso al propio tiempo que delimitan el alcance de los eventuales derechos de las personas.

La elección de un candidato por concurso, que puede asimilarse a la adjudicación en la licitación, sea al aceptar la maqueta de un monumento, estatua, etc., que serán realizados por el autor de las expresadas maquetas o por un tercero que luego será seleccionado por el sistema que corresponda, da lugar aun contrato entre la Administración y la persona así seleccionada, contrato que participa en gran medida de los caracteres de una locación de obra.

La selección del autor del respectivo proyecto, maqueta, etc, es discrecional para la Administración.

Tal es el principio en la materia. De ahí resulta que, contra lo decidido por la Administración acerca del que considere autor del mejor de esos trabajos presentados, no se admita impugnación jurisdiccional ante la justicia, pues no se trata de una cuestión de legitimidad, sino solo de un juicio Administrativo de oportunidad, mérito, o conveniencia, cuyo conocimiento hallase exento de la autoridad de los jueces del poder judicial.

Si las bases del llamado a concurso no establecieran otra cosa, es de doctrina o principio que solo el autor del plano, proyecto, maqueta, esbozo, etc, seleccionado o elegido como el mejor por la Administración tiene derecho al estipendio o distinción establecido. Los demás concurrentes carecen de todo derecho a esa índole.

Claro esta, que dada la naturaleza del vinculo que se crea entre la Administración y el autor del proyecto, maqueta, etc, seleccionado por la Administración si esta no cumpliera con la obligación que asumió en el llamado a concurso podrá ser requerida jurisdiccionalmente para que haga efectiva la obligación incumplida.

El concurso como procedimiento de selección del contratista de la Administración, debe sujetarse a determinadas reglas o criterios. Ante todo debe tenerse presente las bases o condiciones del llamado a concurso. Tales bases son obligatorias para la Administración y para quienes acuden a ese llamado. A parte de esas bases, deberán tenerse en cuenta las disposiciones concretas que al respecto contuviera el ordenamiento jurídico vigente en el lugar del concurso.

Si el ordenamiento jurídico nada dispusiere sobre esta materia, deberán aplicarse las reglas y principios que rigen a la licitación Pública, pues entre esta y el concurso existen analogías en muchos aspectos.

Cabe aclarar que el concurso aquí referido, nada tiene que ver con los denominados concursos estímulos.

Estos son implementados por el estado, en cumplimiento de su alta misión de fomentar las ciencias, las artes, las letras, etc, elevando así la cultura general del país.

Los concursos estímulos suelen instituirse para el otorgamiento de premios que se entregaran a los científicos, artistas, etc, cuyos trabajo hayan merecido la preferencia de las respectivas comisiones asesoras.

Dicho concurso estímulo son de una naturaleza jurídica totalmente distinta a la del concurso propiamente dicho: Este coloca las relaciones de las (estado y contratista) en el plano contractual e incluso puede determinar un contrato entre la Administración y el concurrente cuyo trabajo, obra, etc, fue aceptado por la Administración.

Los denominados concursos estímulos no constituyen ni determinan contratos, pues en ellos entre el estado y el concurrente no se produce ni existe acuerdo alguno de voluntades generador de obligaciones, solo existe, de parte del concurrente, la invocación de una norma legal objetiva, abstracta, y en principio de carácter permanente y su encuadramiento dentro de esta.

Tampoco hay aquí un llamado específico a concurso, como ocurre en el supuesto del concurso como consecuencia de esto resulta: que en el caso de inobservancia de las reglas que rigen el concurso estímulo, quien pretenda responsabilizar al estado por la violación o incumplimiento de tales reglas, solo puede invocar la responsabilidad extracontractual, derivada de la violación de una “ley”, pero no la responsabilidad contractual y que en caso de contienda deberá recurrirse a la jurisdicción contencioso Administrativo. En cambio tratándose del concurso realizado para la selección del contratista, la jurisdicción, en caso de contienda, puede ser la contenciosa Administrativa o la ordinaria, la cual dependerá de que el contrato sea Administrativo o de derecho común.

11. La Contratación Directa

Teóricamente contratación directa es la que la Administración realiza con una firma entidad o persona determinada, tratando de llegar con ella a un acuerdo conveniente, es trato directo con exclusión de puja o concurrencia, en tal orden de ideas la Administración tiene gran margen de libertad para seleccionar a su contratista.

No debe asimilarse ni confundirse el sistema de contratación directa con el sistema de “libre elección”. Este último, como sistema es originario y genérico, comprende todo tipo de contrato; en cambio la contratación directa es un sistema específico, procede para casos determinados y además muchas veces es subsidiario, pues procede ante el fracaso de una licitación.

Esta forma de contratación suele expresarse a través de diversas expresiones todas equivalentes entre sí, así suele llamarse contratación directa, trato directo, trato privado, concierto directo.

El hecho que para denominar este tipo de contratación se utilice entre otras expresiones la de trato directo, es al solo efecto de distinguirlo de la selección Pública del contratista, mediante concurrencia entre los oferentes, derivada de una licitación Pública, un remate, etc.

Pero para que la elección de referencia se efectúe por trato directo o privado, no significa que el respectivo contrato sea de derecho común o privado de la Administración, pues a pesar del medio de selección elegido, el contrato puede ser Administrativo propiamente dicho o de derecho privado. Esta calificación va a depender del objeto del contrato o de que sus otras características permitan calificarlo como Administrativo, o de derecho común de la Administración.

En síntesis: las expresiones trato directo o trato privado no prejuzgan sobre la naturaleza o de derecho común del contrato a celebrar por dicho medio de contratación.

¿Cuándo procede el sistema de trato privado, directo o contratación directa?. Muchas veces su procedencia coincide con los supuestos en que se admite la licitación privada, en nuestro país así ocurre en materia de construcción de obras publicas en el orden nacional.

Desde el punto de vista legal, en el orden nacional, la contratación directa procede en los siguientes casos mencionados por las normas positivas:

a) Cuando el costo de la obra no exceda determinado monto actualizables por sucesivos decretos.

- b) Cuando se trate de ciertos trabajos suplementarios en una obra en curso.
- c) Tratándose de reconocida urgencia o de circunstancias imprevistas.
- d) Cuando la seguridad del estado exige garantía especial y gran reserva.
- e) Cuando resulte determinante la capacidad científica, artística, la destreza, o cuando el ejecutor del trabajo se haya amparado por patentes.
- f) Cuando realizado una subasta (licitación Pública) no haya habido proponentes o no se hubiera hecho ofertas Admisibles.
- g) Cuando se traté de la compra de inmuebles en remate Público.
- h) Las compras y locaciones que sean menester efectuar en países extranjeros, siempre que no sea posible realizar en ellos una licitación.
- i) Las contrataciones entre reparticiones Públicas.
- J) Cuando exista notoria escasez en el mercado de bienes a adquirir.
- k) La venta de productos perecederos y de elementos destinados al fomento de actividades económicas del país.
- l) La reparación de vehículos y motores.

m) La compra de semovientes por selección.

Si bien los supuestos mencionados anteriormente constituyen los casos autorizados por nuestro derecho positivo para recurrir a la contratación directa o trato privado debe procederse con harta prudencia al fin de evitar que ello derive en una practica viciosa, esto es una corruptela o inmoralidad Administrativa. De ahí que solo deba recurrirse a la contratación directa cuando su procedencia este debidamente justificada, avalada por los hechos o como bien se dijo lo condenable no es su uso oportuno sino su abuso, como ocurriría si se utiliza ese sistema de contratación en circunstancias que no lo justifiquen. Por ello a fin de mantener los criterios de moralidad y eficiencia en el uso de dichos sistemas de contratación es conveniente someterlo a dos tipos de control preventivo:

1º) A priori, dictamen de un órgano consultivo que aconsejaría acerca de la oportunidad y procedencia de ese sistema de contratación y

2º) A posteriori, necesidad de que el contrato sea aprobado por un órgano superior (puede ser el ministerio que interviene en la contratación, etc.).

Claro esta que cuando legalmente sea posible recurrir a la contratación privada o trato directo, la Administración Pública podrá sin duda alguna recurrir válidamente a la licitación privada, porque esta en cuanto a las garantías de procedimientos tiene obvias ventajas respecto aquellas, habida cuenta que los supuestos para los cuales se autoriza la licitación privada.

Ahora bien, la contratación directa tiene rasgos que se perfilan como caracteres de las mismas:

a) En primer lugar dada su índole o sea falta de concurrencia y oposición entre varios oferentes la contratación directa o trato privado, como principio carece del automatismo que caracteriza a la licitación, automatismo que da como resultado el “debe” de adjudicar el contrato al oferente que haya formulado la oferta mas conveniente.

Tal es el principio que tiene su excepción.

Así por ejemplo en la licitación presentan sus ofertas mas de una entidad o persona el principio del automatismo significa que el contrato “debe” ser adjudicado al oferente que hizo la mejor oferta.

b) Otra característica del sistema de contratación directa o de trato directo o privado es el de la “libertad” de la Administración para dirigirse a quien considere oportuno, solicitándole una oferta para contratar y para luego, si se llegara a un acuerdo, celebrar con dicha persona o entidad el respectivo contrato.

c) Otro carácter trascendente de la contratación directa o privada, es el de constituir un procedimiento “renunciable” por parte de la Administración ya que para ésta no constituye una obligación o imposición sino una mera atribución o facultad que puede o no ejercitar, pues para la celebración del contrato puede recurrir válidamente a la licitación privada.

La contratación directa o trato privado debe ajustarse a un procedimiento que trasunte juridicidad (moralidad y eficiencia), pues no ha de olvidarse que en este caso, como todos los actos de la Administración está de por medio el interés general, cuyo respeto debe quedar de manifiesto en el acto realizado.

Dicho procedimiento comprende dos especies:

1º) Cuando el derecho positivo se limita a autorizar en tal o cuales casos la contratación directa.

2º) Cuando ese derecho establece la facultad de la Administración a los requerimientos de ofertas a tres casa del ramo debiéndose dejar constancia, en caso contrario, de las razones que impidieron actuar así.

En el primer supuesto corresponde que la Administración previamente requiera el dictamen de un organismo estatal acerca de la conveniencia de utilizar en el caso concreto, el sistema de la contratación directa; aparte de ello ese dictamen ha de entenderse en la conveniencia de contratar o no con la persona o entidad que haya indicado la Administración.

Solo cumpliendo con estos recaudos esenciales quedará excluida toda duda sobre la moral administrativa y subsidiariamente se habrá tratado de lograr la de un contrato sobre la base de mayor conveniencia para el estado.

En lo atinente al aspecto “moral” no debe olvidarse el comportamiento del Estado, que debe ser de tal jerarquía que pueda servir de constante ejemplo para que los administrados, inspirándose en ese comportamiento ajusten su conducta al mismo.

El comportamiento del Estado debe ser “ejemplarizador” y en todo momento educador, de ahí su acomodamiento en las más exigencias morales. El Estado no solo de crear el derecho, debe practicarlo viviendo constantemente dentro de él. Así lo exige el concepto integral de un Estado de derecho con derecho pero sin “moral” ya que está debe ser el sustrajo de aquel.

En el segundo supuesto, en los casos de contratación directas ahí previstos requiere que se solicite ofertas a tres (3) casa del ramo dejándose constancia de ello, en caso contrario de las razones que impidieron proceder así.

El procedimiento de la contratación directa o privada debe ajustarse a los siguientes criterios así:

a) Si el pedido de ofertas de las tres casa del ramo no diera resultado por ejemplo, por no comparecer a efectuar propuestas dichas casas, la Administración quedará en libertad de acción para contratar en forma directa quien considere pertinente. Este criterio encuentra apoyo también en los principios sobre licitación desierta a la que puede asimilarse racionalmente la falta de presentación de propuestas por parte de las personas o entidades requeridas.

b) Si las tres casa del ramo constataran y formularan propuestas, deberá contratarse con la que ofrece mejor precio.

c) Si las personas o entidades requeridas contestaren pero el precio que indicaren fuere manifiestamente superior al de plaza o las condiciones pretendidas por ellas fueran inadmisibles, ese pedido de ofertas que sustancia trasunta una licitación privada, deberá declararse fracasada por “inadmisibilidad” de las ofertas. Producida está situación y aprobada por el órgano superior ese rechazo de las propuestas podrá entonces contratarse directamente por falta de ofertas admisibles.

Así mismo siguiendo los mismos principios esbozados para la licitación privada, cuando una licitación Pública haya fracasado ya sea por haberse declarado desierta o por no haberse presentado ofertas admisibles, la contratación directa debe serlo sobre la base de los mismos pliegos de condiciones de la licitación fracasada.

CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES
BIBLIOTECA