

Nº 13
Primer trimestre 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA NECESARIA REVISIÓN DE LA CUESTIONABLE DOCTRINA JUDICIAL DEL RECONOCIMIENTO, AL PERSONAL LABORAL TEMPORAL Y FUNCIONARIOS INTERINOS, DE LA CONDICIÓN DE "INDEFINIDOS NO FIJOS".

D. Jorge Fondevila Antolín 15

RELACIÓN ENTRE EL COSTE DE LOS SERVICIOS Y LA PLANTA LOCAL CASTELLANO – MANCHEGA

D. Alejandro de Diego Gómez..... 85

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SUCESIONES Y DONACIONES Y SU CONTRARIEDAD CON EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

D. Salvador Moreno Soldado 151

EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: HISTORIA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. EL WRIT OF CERTIORARI.

D. Jorge Pérez Alonso. 210



SECCIÓN INTERNACIONAL

DEL DERECHO GLOBAL DE LAS CONTRATACIONES
PÚBLICAS Y SU RECEPCIÓN LOCAL.

D. Alberto Biglieri 273

BASES DE PUBLICACIÓN321

“DEL DERECHO GLOBAL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU RECEPCIÓN LOCAL”

D. Alberto Biglieri

Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

“Los pocos que ahondaron en el análisis de este problema han incurrido, casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública”.

Enrique Sayagués Laso
(uruguayo, 1922-1965)

RESUMEN:

La crisis existencial de las estructuras parlamentarias nacionales.

Las *notanbuenas noticias* de Europa.

El resurgimiento de la Doctrina como fuente principal.

El derecho indicativo.

Los modelos y proyectos ceñidos a las Contrataciones Públicas.

Aporte menor al menor del derecho comparado al derecho global de las Contrataciones Públicas.



Objeto o características principales de las Contrataciones Directas por vía de excepción en el régimen jurídico argentino.

Contrataciones Directas en el Sistema Federal Argentino Dec. 1023/2001 Objeto o características principales de las Contrataciones Directas por vía de excepción.

Normas indicativas internacionales sobre Contrataciones Directas, con citas y anotaciones. Conclusión.

1. La crisis existencial de las estructuras parlamentarias nacionales

La dificultad, o más compleja aún, la pérdida de competencias legislativas de los congresos nacionales a mano de los supranacionales es el punto culminante del estado de tensión que apareció en paralelo con la lentitud de los estados nacionales para adaptarse a la nueva era de la globalización económica aupada en la permanente innovación tecnológica, y la crisis de las estructuras clásicas de los partidos políticos, empujada a máxima velocidad por el fenómeno de las redes sociales y la horizontalidad de la exteriorización de las ideas que ellas vehiculizan.

A los factores económicos tradicionales en los procesos de integraciones supranacionales y mundial se ha incorporado el derecho. El tiempo mutó despiadadamente y así, ambos, se han convertido en dos de los componentes más relevantes de cualquier ingeniería de la creación de riqueza.

La falta – o los defectos- de regulación de los factores de la producción y de los medios tecnológicos dejan una grieta imposible de llenar en la clásica distribución constitucional de competencias, que como ya se

percibirá, ha sufrido un "*gameover*" con la prórroga internacional de producción, aplicación e interpretación de normas. En Argentina, la última reforma constitucional pergeñó otro factor – endógeno- de pérdida de competencias de los órganos legislativos subfederales. El contenido de los artículos 41, 42 y 43 trazan una nueva divisoria en el sistema federal, y en el caso que nos ocupa, tutela directamente desde el artículo 42 el derecho a la competencia y la protección al mercado, sin necesidad de analizar la naturaleza jurídica del instituto y de ella su atribución competencial.

Ese fenómeno de pérdida de competencias que mencioné al principio se palpa en la actualidad institucional europea. A nosotros solo nos llegan algunas noticias. Sobre estas *notanbuenas nuevas* me voy a referir en unas líneas, pero quiero refrescar en el paralelo que propuse al inicio que, la crisis del sistema de validación política y ciudadana de la legislación está ante nosotros, y en esta acepción, *nosotros* somos todos los países de la orquesta internacional, sin excepción.

La inflación normativa, las leyes memoriales, las leyes basura, las normas intrusas, etc., son objeto de estudio tanto en los lugares donde los órganos supranacionales absorben - casi todo- el poder de las estructuras nacionales y subnacionales como en donde los estados se debaten languideciendo ante el mercado global y salvaje mientras constitucionalizan su sumisión a los futuros marcos de integración supranacional a los que eventualmente se anexasen⁸⁸.

⁸⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Artículo 73. Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo



La verdad es que todo este periodo de transformaciones, como cualquiera que se precie de tal, está impactando en las bases institucionales de los sistemas democráticos, y en especial en lo referido a los andamiajes de los esquemas de representatividad de la ciudadanía, administración, legislación y gobierno, que junto a la jurisdicción conforman el cuadrilátero sobre el cual se va a desarrollar la próxima pelea del siglo. Las críticas que se produjeron en la mayoría de los países latinoamericanos ante la búsqueda de protección legislativa en casos de competencias ejecutivas y sobre las miles de declaraciones del congreso sin sustancia normativa, que emitió la mayoría de la doctrina⁸⁹ como un mensaje contra el intento de imposición de democracias plebiscitarias, hoy puede marcar el punto de partida, la vacuna, para proteger la representatividad popular de los parlamentarios.

decidan por lo menos las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral, el proyecto correspondiente será sancionado como ley.

Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral.

⁸⁹ Que comparto.

No hace falta que me encuentre ante un lector muy adentrado en la disciplina, para que perciba que he optado por reverdecer el método de distribución de funciones que enseñaba Mayer. Después de desarrollar sus opiniones sobre la función legislativa, la jurisdiccional y la administrativa, decía:

"Es una cuarta especie, situada al lado de las tres actividades que es costumbre mencionar: Lo que la separa de la administración es que la noción de ésta ha recibido también un elemento positivo, que debemos captar. Es preciso recordar que la administración, como especie de actividad particular, se ha separado del gobierno en la época en que la idea del Estado Moderno formulaba entre nosotros su programa de régimen de derecho, al cual todo debía estar sometido, aún las relaciones de poder público con el súbdito. La administración, desde su comienzo, ha sido contemplada como una actividad del Estado que se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que el debe establecer. Y eso mismo es lo que ha motivado su separación respecto del gobierno.

Por consiguiente, la administración no comprende a aquellas actividades del Estado por las cuales éste sale de la esfera de su orden jurídico para el cumplimiento de sus fines.

Es lo que ocurre con las relaciones diplomáticas. Los Tratados internacionales, las gestiones ante gobiernos extranjeros...."⁹⁰

Y el maestro alemán continúa con una enumeración de casos ajenos a la administración, como las declaraciones de guerra, la guerra civil, incluso los

⁹⁰ Mayer, Otto. DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1982. 2º Edición. TºI, pag. 11 y sgtes.



motines y muchas otras cuestiones de urgencia. Para luego poner el acento en la cuestión de las decisiones políticas vehiculizadas con el nombre de ley⁹¹:

"...el propio sistema constitucional produce una nueva especie de actos que salen del orden jurídico. Estas son las medidas individuales tomadas bajo la forma de ley. No conteniendo estas reglas de derecho, no forman parte de la legislación en el sentido estricto que acabamos de establecer. Se las califica, por lo común, como actos administrativos. Pero no tienen necesariamente ese carácter."

Ahora bien, a pesar de todo lo transcrito, hay algunas ideas que parecen ir tomando fuerza en ese horizonte europeo, que no se parece a la alegoría de la Utopía de Galeano⁹², pues se presenta cada vez más cercano, y parecido a un futuro posible.

2. Las notanbuenas noticias de Europa

Habrán notado que, a la profunda disección de las competencias legislativas nacionales, se le agrega la crisis ontológica del legislador local: considero que la pérdida o confusión de competencias derivó en una búsqueda inconsciente de mayor poder y, por lo tanto, de un seguro de representatividad. Señalo brevemente,

⁹¹Biglieri, Alberto. Diario La Ley, LL 9/5/2014, Buenos Aires Argentina.

⁹² Galeano, Eduardo. Poeta y Escritor Uruguayo (1940-2015). *"Ventana sobre la Utopía: Ella está en el horizonte. Yo me acerco dos pasos y ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve, para caminar."*

que la necesidad de toma de decisiones inmediatas que afectan derechos individuales también afecta a Europa. Pero los nuevos escenarios e hipótesis de conflicto ante la situación de los refugiados y el terrorismo, parecen justificativos lógicos para tolerar algún corrimiento de competencias legislativas hacia los poderes administradores, en oposición a la injustificada modalidad impuesta por el populismo de "líderes fundantes" latinoamericanos. La multiplicación de contrataciones secretas por cuestiones de seguridad, se elevan a niveles parecidos a los alcanzados en otros momentos previos a las grandes conflagraciones mundiales.

Seguro de Representatividad. Contra el típico modelo populista de la prórroga de potestades legislativas apareció en Europa la lógica de compartir más funciones administrativas, dotarse de recursos humanos de alta capacitación técnica y especialidades para producir normas regulatorias, ampliar las competencias de control, como los ejes de trabajo sobre los que se puede desarrollar una estrategia que ofrezca a la ciudadanía una demostración de la necesidad de la existencia de los parlamentos locales, ante los nuevos desafíos que aparecen en la América del Sur.

Nótese que la utilización del vocablo Parlamento⁹³, que está profundamente enraizado en la cultura y la historia monárquica británica puede ofrecer como fuente una salida decorosa para los maltratados congresos nacionales. Poca legislación, muy genérica, mucha influencia en el control y participación activa en la formación del gobierno, pueden garantizar la supervivencia del estamento que desde la Revolución

⁹³ Sin mencionar las Cortes o Congreso o Legislatura.



Francesa fue sinónimo de democracia, representatividad popular y ley, y que se marchita ahora cuando el poder se concentra por las deformaciones típicas de cada país, pero también por la necesidad de enfrentarse con alguna chance a la *hiperconcentración* de la economía mundial.

Resumiendo, esta introducción, sé que no estoy a la altura de resolver las dudas metafísicas que plantea Jurgen Habermas⁹⁴ en sus apreciaciones sobre la legitimación del poder en el esquema republicano y liberal, en especial porque esas nociones se instalan en la base de un sistema democrático cuyo punto de partida es la libertad de la emisión del sufragio. En efecto, no tengo incorporación cultural de esa concepción, pero si partimos del "contrato constitucional" renovado en 1994 en la Argentina como la base elemental positiva de nuestra convivencia republicana, aquella exigencia especial al Estado Constitucional de derecho deberá traducirse en el control popular y parlamentario de las designaciones y remociones de los funcionarios propuestos a los órganos supranacionales con competencia normativa.

La deslegitimación política de la representación popular en el órgano legislativo que generaron los liderazgos concentrados y unipersonales de Latinoamérica, se ancla en la búsqueda e imposición de una democracia plebiscitaria como sistema de gobierno no republicano, con los efectos que produce : falta de debates sobre creación y modificación de leyes en sentido formal y material , pérdida de consenso y respeto social por los legisladores , falta de estructura técnica para estudio

⁹⁴ Habermas, Jurgen. Ratzinger, Joseph. ENTRE RAZON Y RELIGION. Fondo de Cultura Económica. México. México DF. 2008. pág. 15.-

de la temática cada vez más compleja - como los impuestos, tecnología, biotecnología , etc.

Quizá, la justificación de Waldron⁹⁵, en función de la necesidad de profundizar el debate y el ejercicio reflexivo, para dotar de contenido democrático a las decisiones judiciales, sea de fácil adaptación al orden legislativo, con la solidez que le adjudica la atribución natural de sus competencias al sujeto Parlamento.

Agrego, que no se debe perder de vista y admitir con simpleza que cualquier presentación documental sin soporte papel está regulada por las normas que impusieron Steve Jobs o Bill Gates, o sea, nos encontramos en un nuevo siglo con un imperio regulador que no tiene domicilio fijo ni control soberano único ni soberanía política alguna. Que, como si fuera poco, cuentan con la caracterización de derecho humano al acceso a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, y el reconocimiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de la Nación⁹⁶,

⁹⁵ Waldron, Jeremy. DERECHO Y DESACUERDOS. Marcial Pons. Madrid. España. 2005.

⁹⁶ Ley 27078 **ARTÍCULO 2º** — *Finalidad*. Las disposiciones de la presente ley tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la



enunciado como finalidad principal por la Ley Argentina Digital.

En este pesimista panorama, reaparece en escena el respeto y la convocatoria a la tarea de los juristas, mientras los “parlamentarios” se concentran principalmente en las actividades gubernativas que Maier creía accesorias en ese órgano.

3. El resurgimiento de la Doctrina como fuente principal.

La aceptación paulatina de los principios generales del derecho, y su potivización⁹⁷ en la mayoría de los regímenes del derecho interno de cada estado, no son más que la consagración de una sustanciosa cantidad de opiniones doctrinarias, costumbre y jurisprudencias

accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo.

Asimismo, se busca establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro.

En la ejecución de la presente ley se garantizará el desarrollo de las economías regionales, procurando el fortalecimiento de los actores locales existentes, tales como cooperativas, entidades sin fines de lucro y pymes, propendiendo a la generación de nuevos actores que en forma individual o colectiva garanticen la prestación de los Servicios de TIC.

⁹⁷CASSAGNE, Juan Carlos. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. Marcial Pons. Buenos Aires. Argentina. 2009. págs. 26, 50 y sgtes.

administrativas⁹⁸ concordantes sobre la vigencia y necesidad de la aplicación de distintos institutos que el derecho va incorporando globalmente. Por ejemplo, para el caso que estamos abordando, la aceptación universal del principio de transparencia en las contrataciones públicas, excede el marco de los Tratados Internacionales⁹⁹ que la plasmaron.

Esta corriente, quizás potenciada o sobrevalorizada por el poder nómade¹⁰⁰ de la movilidad académica y de los especialistas que se encuentran en jornadas, congresos y posgrados por todo el mundo y luego derraman la *buena nueva* en sus países tiene, a su vez, dos ejes sobre los que avanza con diferentes velocidades: La Innovación Tecnológica¹⁰¹ y la aplicación del derecho indicativo.

⁹⁸ Utilizamos la acepción de jurisprudencia administrativa "para calificar la emisión de opiniones y decisiones de órganos administrativos (no judiciales) de los distintos niveles de la estructura estatal, nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.", en: HUTCHINSON, Tomás. Director. BIGLIERI, Alberto, Coordinador. TRATADO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO. Editorial La Ley. Buenos Aires Argentina. 2010. Tº I, Volumen 3. pág. 220.

⁹⁹ La Convención de la ONU contra la Corrupción (artículo 5, inciso 1) se internalizó por la LN 26097, y su homónima Interamericana por la LN 24759.

¹⁰⁰BAUMAN, Zygmunt. LA GLOBALIZACION. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 1999. pág. 103 y sgtes.

¹⁰¹BIGLIERI, Alberto. Obsolescencia Programada. Revista Estilo CASA. Caja Previsional de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Número 37, junio de 2012. La Plata. Argentina.



La Innovación Tecnológica, simplifica trámites, posiciona en la web la información necesaria para el control social de las contrataciones, garantiza la competencia leal, etc. Y, en su fase más pedestre se impone con la imparable expansión de los "tramites sin papel", la "despapelización" o "papel cero", según los distintos nombres que han consagrado el mismo instituto empujado tanto por la informática como por la conciencia ambiental en contra del consumo de papel y la tala indiscriminada que ello presupone.

Otro aspecto interesante es el camino de la publicación de esa materia crítica circulante en la red. El libro digital no ha reemplazado el libro papel como objeto cultural eje de la memoria cultural de la humanidad, pero las características de los sistemas de autoedición y las entradas en wikipedia, han potenciado los resultados de los motores de búsqueda y amenazan con jubilar los editores/censores empresariales como figuras validantes de las opiniones doctrinales publicables.

Ahora el imperio regulador de Gates y Jobs nos impone un nuevo desafío, cada pieza de nuestra tarea será más influyente como herramienta de interpretación. Cuanto más nos adentremos en el abismo de la digitalización, más influyente serán las producciones de documentos originalmente digitales.

La digitalización de la producción bibliográfica pre-word no encaja con idéntica fuerza en los motores de búsqueda que la producción originariamente digital. Igual suerte corre la jurisprudencia. Ni siquiera el efecto es parejo entre los programas aplicables a la "traducción" digital. Una misma idea, para un caso idéntico, puede ser listado con miles de referencias de

distancia según el buscador y la calidad del documento del original en papel.

4. El derecho indicativo.

Entre estos vientos de cambio, y desde el atalaya crítico en el que me pretendo ubicar, es insoslayable evaluar la incidencia del nuevo espacio que abre en la disciplina interpretativa la irrupción de la disciplina que se conoce como derecho indicativo o *sof tlaw*.

Si bien a la fecha no se cuentan con registros de actividades jurisdiccionales que hayan seguido al pie de la letra el *bigbang* del fallo Salvatore Grimaldi¹⁰² del TJE, considero ese decisorio como un hito que se reconocerá con el paso del tiempo y el análisis permanente del fenómeno de la globalización.

Corresponde a esta altura, y antes de exponer algunas líneas sobre ese nuevo espacio disciplinario y su

¹⁰²C-322/88 Salvatore Grimaldi. "Dispositivo: Por estas razones, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda) responde a la pregunta planteada por el Tribunal de Trabajo de Bruselas, por sentencia de 28 de octubre de 1988, declara: A la luz del artículo 189, párrafo quinto, del Tratado, las recomendaciones de la Comisión de 23 de julio 1962 referentes a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, y 66/462 de 20 de julio de 1966, por las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales, no pueden por sí mismas crear derechos en favor de los particulares, que éstos pueden invocar ante los tribunales nacionales. Sin embargo, están obligados a tomar en consideración las recomendaciones con el fin de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando son adecuados para coadyuvar a la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias."



impacto sobre la normativa y la resolución de los conflictos en el ámbito de las contrataciones públicas, alertar a los lectores que los pactos de confidencialidad en la innumerable cantidad de tensiones que se resuelven en ámbitos arbitrales no permiten documentar la influencia real de esta fuente en la consideración de esas resoluciones. Sin embargo, puedo atestiguar sobre su asidua utilización argumentativa por las partes en esos casos.

Según el importante trabajo de recopilación histórica de ŞTEFAN, Oana Andrea¹⁰³, el antecedente que identifica el nacimiento del efecto del derecho indicativo en decisiones judiciales es en 1962, "cuando la Comisión Europea redactaba las "Christmas Notices". Las "notices" se referían específicamente a ciertas contrataciones con agentes comerciales y acuerdos de licencias. Al principio, dichas "notices" no fueron mencionadas en los juzgados, pero con el paso del tiempo, aquellas fueron cobrando importancia y, por ende, tenidas en cuenta a la hora del decisorio judicial. Las "notices" aumentaron de 41 antes del 2000 a 114 con posterioridad a dicho año. Este incremento se debió a la relevancia que tomaron a nivel judicial, al momento de fallar." De todas formas, según ese trabajo, tanto las *notices* como las *guidelines* de frecuente utilización en el derecho comunitario, siguen apareciendo separadas de las nociones de derecho positivo en ámbito jurisdiccional comunitario. En este sentido, mantiene la citada autora su opinión: "los instrumentos del derecho blando, como las *notices* y *guidelines*, no son usadas como *ratio decidendi* en los juzgamientos y opiniones analizadas, y, como

¹⁰³ŞTEFAN, Oana Andreea. Universidad College Dublin, Traducido por Cinthya Hutchinson. http://www.ucd.ie/t4cms/08_wish_paper_oana_stefan.pdf

consecuencia, el derecho blando no es transformado en derecho duro o normativo. Los casos mencionados anteriormente demuestran como circunstancialmente los instrumentos que conforman el derecho blando utilizados en Corte prestan especial atención a los principios generales del derecho.”

Reseñadas estas opiniones, dedicaré un breve espacio a reflexionar sobre el fallo Grimaldi:

La frase del TJE en el fallo en examen es por lo demás gráfica, realiza una parábola para concluir en un claro sentido de atribución de valor a la “norma indicativa”:

“16 En estas circunstancias, no puede haber duda de que los actos en cuestión son recomendaciones verdaderas, es decir, actos que, incluso respecto de sus destinatarios, no pretenden producir efectos obligatorios. Por lo tanto, no crean derechos que los particulares pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional.”

“17 A este respecto, el hecho de que haya transcurrido un período de más de veinticinco años desde la aprobación de las primeras recomendaciones en cuestión sin que todos los Estados miembros hayan hecho su aplicación, no tiene impacto sobre el alcance jurídico de este texto.”

“18 Sin embargo, con el fin de dar una respuesta completa a la pregunta planteada por el tribunal, hay que señalar que los actos en cuestión no pueden considerarse en cuanto a tener ningún efecto legal. De hecho, los tribunales nacionales están obligados a tomar en consideración las recomendaciones con el fin de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de las medidas nacionales adoptadas para velar por su aplicación, o cuando están destinadas a complementar las disposiciones comunitarias vinculantes.”



Es, en resumen, un hecho reiterativo e incorporado con excesiva ligereza en las relaciones internacionales y en las superestructuras burocráticas que se desarrollan alrededor de los marcos de estructuras regionales, comunitarias e internacionales: tanto los compromisos políticos y sociales sin protocolos aplicativos como las recomendaciones y consejos de las infinitas oficinas¹⁰⁴, grupos, consultorios etc, que pululan en esas estructuras, no pueden tacharse como ninguna utilidad.

Para profundizar la herida, sistemas federales como el argentino, chocan reiteradamente con compromisos como los enunciados en el Tratado de los Tratados, y ya hemos sufrido en fallos de los arbitrajes del CIADI (Caso Aguas del Aconquija) la discusión sobre la inexistencia de legitimación internacional de nuestros organismos subfederales, pues como todos sabemos, el texto de la Convención de Viena vigente desde 1980 dedica un articulado especial (26 y 47) para que los países de sistemas como el nuestro no puedan invocar el derecho local en perjuicio de la obligación internacional.

También se debe destacar, como lo señala MORENO MOLINA¹⁰⁵ algunas pautas y precedentes del TJE a la hora de "indicar" la conducta legislativa a seguir por un Estado de la UE según la que *"puesto que el destinatario de una directiva es el Estado miembro al que imponga una obligación, en principio no genera*

¹⁰⁴ En ambos sentidos.

¹⁰⁵ MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015, pág. 105.

derechos y obligaciones para los particulares. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, este principio general sólo sufre una excepción cuando el Estado miembro no haya satisfecho la obligación que le incumbe de adaptar el Derecho nacional a la directiva, o lo haya hecho incorrectamente. Así lo ha afirmado reiteradamente el Tribunal de Justicia, ver, por todas, la sentencia Marshall, de 26 de febrero de 1986, asunto 152/1984 y la sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión contra el Reino de Bélgica, asunto 102/1979.” Que goza de cierta ultraactividad sobre la cuestión de la Directiva 2014//24/ UE, apoyada por los fallos como Pfeiffer y otros(2001), Association de mediation sociale (2005), y Pohl- Boskamp (2015), medidas que desembocaron como fuente en la llamada de atención a España para que realice la “transposición” de esa directiva positivadora de los principios generales de la Contrataciones públicas a su derecho interno. Toda una compleja serie de “indicaciones obligatorias” sostenidas en que las excepciones señaladas en *Marshall* y *Comisión contra Bélgica*, legitiman al particular para obtener la transposición correcta o, en su defecto, transformar a través de la aplicación del efecto directo vertical descendente (y no el vertical ascendente, ni el horizontal, como afirma PINTOS SANTIAGO)¹⁰⁶, en derecho aplicable a su caso la directiva no internalizada o mal internalizada por el estado contra el que desarrolla su caso enarbolando el Derecho de la Unión Europea que le es negado.

¹⁰⁶ Al respecto véase AA.VV. (Director PINTOS SANTIAGO, J., *La implantación de la administración electrónica y la e-factura*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2017, págs 272 y ss.



A esta altura, la incidencia real del derecho público local, también a la luz del artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (documento de las Naciones Unidas, A/66/17, anexo I) (aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 1 de julio de 2011) ha quedado bastante restringida. En el mejor de los casos, los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones, o los acuerdos regionales, se van abriendo paso y robusteciendo paulatinamente los institutos que en sus textos afloran.

5. Los modelos y proyectos ceñidos a las Contrataciones Públicas.

En la postura que vengo sosteniendo, no puedo dejar de señalar que el numeral 3 del mensaje de la Asamblea General de la ONU en su 82ª sesión plenaria 9 de diciembre de 2011 rezaba así: “Recomienda a todos los Estados que utilicen la Ley Modelo al evaluar sus regímenes jurídicos de contratación pública y que presten la debida atención a las disposiciones de la Ley Modelo cuando promulguen o revisen su legislación en la materia;” y que no existen demasiadas justificaciones para, al menos, tener en cuenta ese texto en los análisis, considerandos y debates regulatorios que se producen en el proceso de construcción de las normas sobre contrataciones públicas.

En sentido similar, y como ya lo he expresado, el articulado del PROTOCOLO de Contrataciones Públicas del Mercosur¹⁰⁷ LN 26443, que anotaré más adelante,

¹⁰⁷ Que a la fecha solo ha sido “incorporado” por la Argentina a través de la LN 26443.

contiene en su artículo 14 una tolerancia al derecho local que es aceptada en el marco general de defender los principios de igualdad, concurrencia y transparencia (artículo 17 inciso¹⁰⁸) y la equidad entre los oferentes de los Estados parte del MERCOSUR (Artículo 18 inciso¹⁰⁹).”

Por otra parte, “El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP¹¹⁰) cuenta actualmente con 19 Partes, que abarcan a 47 Miembros de la OMC (si se cuenta como una sola Parte a la Unión Europea y sus 28 Estados miembros, todos los cuales se han adherido al Acuerdo). Otros 28 Miembros de la OMC y cuatro organizaciones internacionales participan como observadores en el Comité de Contratación Pública del ACP. 9 de estos Miembros que tienen la condición de

¹⁰⁸ Los Estados Partes asegurarán que los procesos de licitación se apliquen de manera no discriminatoria, haciendo efectivos los principios de igualdad, concurrencia y transparencia, cualesquiera sean los procedimientos de licitación o selección adoptados

¹⁰⁹ Una entidad de un Estado Parte podrá utilizar los procedimientos de contratación directa en los casos previstos en el párrafo 2 de este artículo, a condición de que no se utilicen aquellos procedimientos para evitar la competencia máxima posible o de forma que constituya un medio de discriminación entre proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras de los otros Estados Partes o de protección a los proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras nacionales.

¹¹⁰ https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm



observador, se encuentran en proceso de adhesión al Acuerdo.”¹¹¹

El texto en el sitio oficial de la OMC, motiva desde su sintaxis a la reflexión. EL ACP tiene 19 miembros, contando la UE como uno de ellos, pero en la infografía que la misma página ofrece, se detalla la fecha individual de la adhesión de cada Estado Parte de la UE al ACP. El estilo convencional del derecho internacional clásico luce en plenitud, y con más fuerza aun, ante la importancia que cada país le dá a su ejercicio soberano a la hora de regular el mercado de Contrataciones Públicas. La OMC, informa sobre un *nicho* de un 10 al 15%¹¹² del PBI, y otras fuentes, como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)¹¹³ indican un porcentaje bastante superior, según las regiones que se analicen, entre las que se destaca la misma Unión Europea con el 21,66%. Con otras variables estadísticas, la Corporación Andina de Fomento (CAF)¹¹⁴, coincide en la apreciación del alto impacto de las Contrataciones Públicas en América Latina, haciendo referencia a los presupuestos estatales.

Tampoco escapa a mi visión, el hecho de que el bagaje jurisprudencial de los tribunales europeos de derechos humanos, han informado la actuación y las conductas

¹¹¹https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm

¹¹²https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm

¹¹³<http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>

¹¹⁴ CAF. UN ESTADO MAS EFECTIVO. Corporación Andina de Fomento. Reporte de Economía y Desarrollo 2015. Bogotá. Colombia. 2015. pág. 123.

de todos los órganos jurisdiccionales que fue desarrollando el proceso de integración de la UE. Generando una importante base de antecedentes y herramienta de interpretación. En este sentido, vale la pena consignar que la Constitución Nacional argentina, en su artículo 75, inciso 22¹¹⁵, hace mención a la vigencia de los Tratados en la "condición de su vigencia". El mayor tribunal nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha interpretado el texto constituyente en el sentido de: " Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación."¹¹⁶. Un antecedente que también, integración mediante¹¹⁷, influirá en su momento en los análisis de las jurisdicciones de todos los fueros mercosureños.

¹¹⁵ Constitución de la Nación Argentina. Artículo 75:22:

¹¹⁶ Fallo CSJ: Gioldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa Nº 32/93, del 7 de abril de 1995. Considerando 11.

¹¹⁷ Pues, el MERCOSUR es hoy, apenas, un proceso de profundización de relaciones típicas de derecho internacional público clásico con algunas normas aduaneras comunes. Ampliar en nuestro trabajo. ESTUDIOS DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. Ediciones Jurídicas de E. Lecca Editor. Buenos Aires. Argentina. 2010.



6. Aporte menor al menor aporte del derecho comparado al derecho global de las Contrataciones Públicas.

Todo nuestro trabajo doctrinario, se valida y cobra sentido, cuando los colegas o la judicatura toman algunas ideas que pueden considerarse pequeños aportes a la disciplina y, que después del desarrollo de estas líneas, buscan espacio de crecimiento en el derecho global de las contrataciones. Acompaño, entonces, un resumen y actualización del trabajo que incluye una alerta para los órganos y agencias de control de las contrataciones públicas, emergente del eufemismo con el cual nos referimos a las contrataciones directas en nuestra jerga, y que ha sido utilizada por la Suprema Corte de Mendoza¹¹⁸.

¹¹⁸ Fallo SCJ Mendoza SI.En autos D., A. y Ots. c. Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza s/ Acción procesal administrativa. del 27/07/2015 : " Los regímenes nacional y local, en cambio, "encierran" dentro de un mismo trámite de "contratación directa" a supuestos bastantes diversos (contratos de menor cuantía, situaciones de monopolio, objetos contractuales fraccionables, meras urgencias, hipótesis de emergencia, etcétera), lo cual ha llevado a algunos autores a propiciar que se distinga entre la "contratación directa natural" de montos exiguos, de aquellas otras "contrataciones directas artificiales", por ejemplo, sobre objetos únicos en el mercado o cuando existe urgencia en la adquisición; ello con el objeto de que no se relajen los controles de la gestión pública en el segundo tipo de contrataciones directas, mediante la utilización de un procedimiento inicialmente previsto para contrataciones de escasa incidencia dineraria (ver: Biglieri, Alberto: "Contrataciones directas", en LA LEY, 2010-D, 1138)."

Entonces, he sostenido que las contrataciones directas, son un fenómeno de imposible erradicación en el sistema del derecho público. Nacieron antes que los procedimientos que conocemos, por vocabulario de uso cotidiano, como licitaciones y perviven en dos grandes grupos que receptan las normas vigentes y que clasificaremos en este trabajo. Nos encontramos ante la vigencia de dos institutos de distinta raíz, pero de idéntica denominación, que dificulta más la tarea de su estudio.

Como la constitucionalización del derecho a la vida no eliminó, ni redujo la tasa de homicidios, ni la mortandad infantil por desnutrición, ni los accidentes de tránsito fatales en la Argentina, ni en ninguno de los países que han incorporado los Pactos Internacionales de protección a los Derechos Humanos a sus bloques de constitucionalidad. Tampoco la incorporación al derecho interno de los Pactos sobre transparencia y anticorrupción o la constitucionalización¹¹⁹ de la Licitación eliminará la corrupción.

Es que, como intentaré demostrar, la construcción del instituto procedimental "licitación" no se acuñó como un sistema destinado a combatir la plaga eterna del actuar indecoroso del administrador. Y desde allí es que me arriesgo a sostener que las constantes modificaciones a los sistemas de selección previa del contratante y, en especial, la inmensa cantidad de excepciones que como un paso o eslabón más del método procedimental,

¹¹⁹ En Argentina el procedimiento licitatorio está ordenado en las Constituciones Provinciales de: Catamarca: Art. 174. Corrientes: Art. 22. Chaco: Art. 67. Entre Ríos: Art. 44. Jujuy: Art. 85 La Rioja: Art. 72. Mendoza: Art. 37. Neuquén. Art. 224. Río Negro Art. 98. Tucumán: Art. 12. Buenos Aires (solo para las Municipalidades) Art. 193. inc.7.



consagran la posibilidad de contratar directamente por montos y dimensiones que a priori no podrían excusarse de licitar, hacen volver el tiempo atrás. Desandando el camino, desconstruyendo el instituto de la licitación pública desde el poder político, cualquiera que fuese su signo, se busca la libre contratación que, ataviada de agilidad y eficacia administrativa, se utiliza para encubrir la irregularidad del actuar estatal teñido de sospechas e impunidad.

Es que, la gran dificultad se encuentra – para quienes buscan como principal finalidad de este procedimiento la transparencia y la lucha contra la corrupción- en la equívoca denominación de dos institutos de una naturaleza diametralmente opuesta, consagrados en nuestra normativa con un idéntico nombre que confunde tanto al principiante como al más avezado investigador de los órganos u organismos de control.

Efectivamente, es una Contratación Directa, la que se realiza en los niveles iniciales de la escala dineraria fijada por las normas contractuales –sólo precedida por las “cajas chicas” u otros similares- y se conecta como la única alternativa de los actuales procedimientos licitatorios que puede demostrar su relación genealógica y plantarse ante la sociedad como la legítima heredera de su honorable antepasada: la libre contratación pública.

Por el contrario, el instituto de las “excepciones”, aplicables a montos superiores, puede pretender ligarse a otros antecedentes contractuales cuando las analogías del derecho privado prevalecían sobre las normas puras de derecho público, y que fueron a ocupar el espacio que dejó vacío la libertad contractual del Estado. Luego el crecimiento de la incidencia administrativa activa en el mercado, exigía como

correlato mayor control para ese supuesto, y en menor medida –este es mi planteo- limitar los pecados de la tentación de los funcionarios que podían orientar la decisión hacia una contraparte con la que se relacionen, en riña con la ética.

Lo cierto, es que el procedimiento licitatorio recorre un orden lógico –a veces sin secuencia temporal- que va desde su nacimiento al posterior abandono de la libertad contractual mencionada, incorporando obstáculos al recorrido selectivo de la contraparte, a la vez que robusteciendo su anclaje normativo. Cuanto más alambicado el procedimiento, más alto el rango normativo que lo impone.

Pero, hecha la ley... (o el reglamento, o el Tratado, o la manda constitucional), institucionalizado el atajo.

Las excepciones, que como veremos también se han multiplicado con el tiempo, han progresado aún más en el volumen de los objetos contratados que en su normativización¹²⁰. Y como si esto fuera poco, la doctrina –y la jurisprudencia y la legislación– bautizan genéricamente al desenlace del procedimiento inconcluso con idéntica terminología que aquellos contratos menores ya mencionados. A ambos se los conoce como: Contratación Directa.

Esta última, se transforma en un instituto virtual, bajo cuya denominación se engloba a todos los institutos

¹²⁰ La urgencia y el único oferente acaparan la mayoría de las contrataciones. El crecimiento monumental es el de los montos que se contratan sin licitación. Últimamente, aún sin registros ni estadísticas que puedan cotejarse, la excepción relacionada con las compras secreteas en la lucha contra el terrorismo, ha recuperado el espacio que había cedido en tiempo de paz la adquisición de armamentos bélicos.



reales de las excepciones aplicables al procedimiento licitatorio disparado por la norma determinante del quantum de los contratos públicos, creando una confusión fenomenal.

Contrataciones Directas: La Contratación Directa, es un instituto subsistente del viejo régimen de libertad contractual del Estado incipiente, con poca intervención administrativa y menor presencia en el mercado. Conlleva un altísimo nivel de responsabilidad del funcionario, pero que se ve muy amenguado por la escasa incidencia dineraria de la contratación. Incluso, pasa inadvertida en las macro auditorias y controles superficiales de los órganos u organismos cuya competencia se limita al control posterior de la gestión pública.

Me he referido a las primeras, las que se determinan así por utilizarse para la adquisición de servicios o suministros por montos menores, – Contrataciones Directas naturales y a las se utilizan para unificar el conjunto de excepciones del procedimiento licitatorio-Contrataciones Directas artificiales.

Se comenzará a notar que, la artificial, crea una cortina de humo, que produce dos efectos: primero impide la visión y luego irrita la vista. Como el sistema real consagra a la contratación directa natural para montos exiguos, los controles se relajan. Pero aún cuando perciben que la importancia dineraria, la duración o la trascendencia pública de esa contratación directa artificial no se condice con su natural aplicación, se aborda su estudio desde el falso presupuesto que el recorrido del procedimiento precontractual, con la sola cita y aplicación parcial de las normas licitatorias –que contienen las excepciones-, implica su respeto y conclusión normal.

Abundan publicaciones de llamados a cotizar sobre objetos únicos en el mercado. U otras cuya urgencia en la adquisición, se argumenta después de iniciado el procedimiento. Todos "atajos" para lograr una contratación directa artificial, justificada por la excepcionalidad.

La situación, además se relaciona en forma directa con la complementariedad de la norma administrativa en relación con la legislación penal, de ética pública y las convenciones internacionales de transparencia y anticorrupción. El desapego al procedimiento es la infracción que dispara el control sobre la responsabilidad penal del funcionario.

7. Objeto o características principales de las Contrataciones Directas por vía de excepción en el régimen jurídico argentino.

La catarata de excepciones que recoge la normativa nacional, provincial, municipal y de la Ciudad autónoma permiten realizar una clasificación bastante genérica que se repite, detalles más, detalle menos, en todos los ámbitos subfederales. Los ejemplos a los que recurriré están prácticamente circunscriptos a los procedimientos de la Nación y de la Ciudad Autónoma, pero creo que este ordenamiento que propongo logra, con una ligera búsqueda legislativa local, transformarse en una herramienta de consulta simple para analizar los cientos de normas vigentes en la materia. Entonces digo que se pueden agrupar a las Contrataciones Directas, que surgen de las excepciones al procedimiento general, en grandes conjuntos que responden a una característica primordial:



a) El tiempo disponible para cumplir con los cometidos estatales; b) las características especiales del objeto o del sujeto prestador; c) los ajustes que distinguen las finalidades públicas de las privadas en un mundo en permanentes cambios; d) los objetos sociales, estatutarios o legales y las finalidades en ellos incluidos; y, e) algunos supuestos procedimentales legislados desde el espíritu de la economía estatal. Estas condiciones me permiten clasificar dentro de estos grandes grupos la innumerable cantidad y disparidad de situaciones que recoge la normativa aplicable a estos regímenes de excepción.

En general se puede englobar¹²¹ los innumerables casos de excepciones al procedimiento licitatorio , descritos materialmente en el párrafo anterior, en esos cinco ítem, pero por una lógica práctica , he preferido separar las cuestiones de seguridad y defensa de las del objeto o sujeto especial; mantener como vías simples los subsistemas de *Ius Variandi* y Licitaciones desiertas; y seguir el orden de ocurrencia de los procedimientos referidos, proponiendo entonces, seis grandes grupos de estudio de las vías excepcionales de "salteo" al sistema: a) *Único Oferente*, que incluye todas las situaciones monopolísticas que transforman en un contrasentido un llamado a Licitación, con los gastos y

¹²¹ "Y los pocos que ahondaron en el análisis de este problema han incurrido, casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública, sino `una licitación pública determinada', o sea reglamentada en su propio país. Se ha olvidado así que, siendo este instituto casi universal, no puede darse una explicación de su naturaleza jurídica que solo cuadra con una legislación determinada". SAYAGUES LASO, Enrique. La Licitación Pública. Texto actualizado por MARTINS, Hugo Daniel y DAPKEVICIUS, Rubén Flores. Julio Cesar Faira Editor. Montevideo. 2005. P. 29.

costos que ello implica. ; b) *Emergencia / Urgencia: verdadero bill de indemnidad* de la Administración Pública, que muchas veces debe actuar ante verdaderas emergencias o catástrofes (terremotos, epidemias, inundaciones , etc.), pero que en muchas otras recurre a esta excepción para ocultar su falta de previsión (obras de mantenimiento, reemplazo por consumo de la vida útil, avance tecnológico, etc) c) *Ofertas frustradas*: Este caso es una excepción que empuja una contratación directa , pero desde la realización previa de una Licitación anterior¹²² que ha fracasado, por no presentación, falta de requisitos de los oferentes o por inadmisibilidad técnica de las ofertas¹²³ d) *El Ius Variandi*, como las compras accesorias, a veces superan el monto del contrato inicial (y ello debería haber sido canalizado en una nueva Licitación). Esta excepción arrastra una gran cantidad de críticas de la más calificada doctrina por la falta de claridad¹²⁴ que genera el no tener conciencia previa del objeto final de la contratación. e) *las Compras Secretas*: típicas adquisiciones de armas de las épocas de dictadura, hipótesis de conflicto limítrofes y fantasmas bélicos, que han cedido espacio a los objetos especiales del software, la seguridad electrónica

¹²² Una o Dos. Hay legislaciones que habilitan la Contratación Directa luego del primer fracaso, y otras postulan la exigencia de declarar desiertos dos llamados.

¹²³ BIGLIERI, Alberto, Responsabilidad del Estado – Las reglas de juego precontractuales- “en DESAFIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORANEO, de AAVV, Coordinado por V. Hernández Mendible. Ediciones Paredes. Caracas. 2009. TºI. P- 926.

¹²⁴ MAIRAL, Héctor. LAS RAICES LEGALES DE LA CORRUPCIÓN. Cuadernos Res Pública Argentina. Buenos Aires. 2007. P. 27



y algunos sistemas de telecomunicaciones para las fuerzas del orden. *f) Oferente Estatal.* Las contrataciones interadministrativas, en las que no se persigue el fin de lucro y se presumen la calidad y garantía de la prestación que están aseguradas desde las mismas normas que informan la competencia y atribuyen patrimonio, crédito y presupuesto a los organismos contratantes.

8. Contrataciones Directas en el Sistema Federal Argentino Ex Dec. 1023/2001.

Salvo aquella nominación de contratación directa natural, que he propuesto en párrafos precedentes, no he dedicado mayor esfuerzo en analizar y estudiar las normas de contratación directa por montos menores. Esta indiferencia, se instala en el convencimiento de que también le ha restado importancia el legislador local – y de hecho tampoco aparece relevante en ninguno de los documentos internacionales que se tratan en este trabajo - pues con inclusión en el artículo 25 inciso d) del Dec. 1023/2001 (que desagrega 10 casos distintos), limita, únicamente, a su primer apartado el supuesto de contratación directa propiamente dicha o *natural*, restándole trascendencia¹²⁵ e importancia:

"1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación."

A partir de aquí, cada uno de los nueve apartados siguientes no respetan el "techo" del monto contractual

¹²⁵ En los hechos, tampoco son significativos los montos que se aplican a este procedimiento.

y pueden ser utilizados sin límite dinerario alguno, las contrataciones directas *artificiales*, irrumpen claramente en las mediciones de implicancia presupuestaria de la actividad económica.

Una reglamentación dictada en el año 2012 por el Decreto 893, trajo alguna novedad. En aquella ocasión impuso un paso previo a las contrataciones directas *artificiales*, en aquellas que ocurren por la caída de dos licitaciones previas¹²⁶ y en los casos de urgencia¹²⁷. A estos tres supuestos se les exigía cumplir con una compulsa de precios abreviada, en los casos en que se constate la existencia de más de un potencial oferente¹²⁸.

¹²⁶ 4. Cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasaren se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si éste también resultare desierto o fracasare, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa previsto en este inciso. (Apartado sustituido por art. 6º del Decreto Nº 666/2003 B.O. 25/3/2003. Vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria.)

¹²⁷ 5. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

¹²⁸ Dec. 893/12. ARTÍCULO 19.- PROCEDENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. El procedimiento de contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los apartados del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones. Las



Los otros supuestos de los apartados 2): Obras científicas, técnicas o artísticas¹²⁹; 3): Bienes o servicios exclusivos del proveedor¹³⁰; 6): Operaciones secretas¹³¹; 7): Reparación especial de maquinarias¹³²;

contrataciones directas podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple.

Las contrataciones directas por compulsa abreviada serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4 ó 5 -para los casos de urgencia-, del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones.

¹²⁹ 2. La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del cocontratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.

¹³⁰ 3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubiere sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora.

La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

¹³¹ 6. Cuando el PODER EJECUTIVO NACIONAL haya declarado secreta la operación contractual por razones de

8): Contratos interadministrativos¹³³ 9): Consultorías con Universidades Públicas¹³⁴ y 10) los efectores del

seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.

¹³² 7. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

¹³³ 8. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato. (Apartado incorporado por art. 1º del Decreto Nº204/2004 B.O. 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

¹³⁴ 9. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL con las Universidades Nacionales. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha. (Apartado incorporado por art. 1º del Decreto Nº204/2004 B.O. 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)



desarrollo social¹³⁵, podían ser objeto de una adjudicación simple¹³⁶, sin más trámite.

Finalmente, la reglamentación dejaba abierta la facultad de la administración de incluir en el sistema de compulsa previa a los supuestos de urgencia y compras secretas, según el caso¹³⁷.

Los métodos consagrados como de adjudicación simple o compulsa abreviada no aportan grandes cambios. Las

¹³⁵ 10. Los contratos que previo informe al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, se celebren con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscritas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha. (Apartado incorporado por art. 1º del Decreto Nº204/2004 B.O. 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

¹³⁶ Las contrataciones directas por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto cocontratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, 9 ó 10 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones.

¹³⁷ Las contrataciones directas que se encuadren en el apartado 5 -para los casos de emergencia- y en el apartado 6, del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones, podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple, según el caso.

compulsas, como los viejos concursos, o la simple recolección en el expediente de presupuestos de los proveedores, se orientaron siempre a la necesidad de informarse sobre los precios de plaza.

El caso de compulsas para la Licitación Fracasada parece un contrasentido, pero de ello nos hemos ocupado en otras oportunidades. Sí vale la pena señalar, que el artículo 24 del Decreto Reglamentario del 2012 intentaba con mucho esfuerzo deslindar el territorio confuso y superpuesto de la emergencia y la urgencia.

Tomando una "enunciación abierta" de casos con los que pretendía realizar una definición para la emergencia: *"los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional"* , y concediéndole valor residual a la urgencia, o sea , aquellos supuestos apremiantes y diferentes a estos. Debo decir que, el cierre de este artículo contenía una noción feliz de técnica de control de la responsabilidad administrativa de los funcionarios. La sola invocación de una o ambas causales, no eximía de las sanciones disciplinarias que correspondiesen por la falta de previsión.

En 2016 se reemplazó el DR 893/2012 por el actualmente vigente 1030/2016. Para unificar nuestro comentario corresponde indicar que los supuestos de excepciones al principio general de licitar , se resumen en un articulado distinto, en el que el artículo 14¹³⁸

¹³⁸ DR 1030/2016. ARTÍCULO 14.- PROCEDENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. El procedimiento de contratación



encierra los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 a los que presupone calificados como para solucionarse desde una adjudicación simple; con la utilización de una compulsa abreviada cuando haya más de un potencial oferente para los supuestos encuadrados en los

directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los apartados del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. Las contrataciones directas podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple. Las contrataciones por compulsa abreviada serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4, 5 -para los casos de urgencia- del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. Las contrataciones por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto cocontratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. Las contrataciones que se encuadren en el apartado 5 -para los casos de emergencia-, y en los apartados 6 y 10 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple, según el caso. Las contrataciones que se encuadren en el apartado 10 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios deberán sustanciarse por compulsa abreviada, con la excepción de aquellos procedimientos que bajo esta causal tramite el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, los cuales podrán efectuarse por adjudicación simple.

apartados 1, 4, 5 -para los casos de urgencia- del mismo inciso y artículo; y finalmente, deja abierta una opción de compulsa abreviada o adjudicación simple “ según el caso “ en las situaciones descritas en las contrataciones que se encuadren en el apartado 5 -para los casos de emergencia-, y en los apartados 6 y 10, aún cuando para este último prevé la compulsa abreviada salvo que se trate de los efectos del Ministerio de Desarrollo Social que podrán realizarse por adjudicación simple.

Corresponde señalar que el DR 1030/2016, utiliza una armónica referencia a las excepciones, numerando correlativamente sus artículos con los supuestos en el orden del artículo 25¹³⁹ inciso d) del Decreto Delegado

¹³⁹ DD 1023/2001. Artículo 25, inciso d):CONTRATACION DIRECTA. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos:

1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación.
2. La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del contratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.
3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal



1023/2001. De allí que al apartado 1 de la norma

exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

4. Cuando una licitación haya resultado desierta o fracasada y se efectúe un nuevo llamado, deberán modificarse los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si esta licitación también resultare desierta o fracasare, podrá realizarse la contratación directa, utilizando el Pliego de Bases y Condiciones Particulares del segundo llamado.

5. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

6. Cuando el PODER EJECUTIVO NACIONAL haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.

7. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

8. Las contrataciones entre reparticiones públicas o en las que tenga participación mayoritaria el ESTADO NACIONAL. En estos casos quedará prohibida la subcontratación del objeto.

En las contrataciones directas en las que corresponda efectuar invitaciones, de acuerdo con la reglamentación, también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar.

sustantiva, le corresponde la reglamentaria del artículo 15, al apartado 2 las del 16 y así sucesivamente has llegar al inciso 10 en el artículo 24 del reglamento.

9. Normas indicativas internacionales sobre Contrataciones Directas.

Las excepciones en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (documento de las Naciones Unidas, A/66/17, anexo I) (aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 1 de julio de 2011) Artículo 30.

" 5. *La entidad adjudicadora podrá contratar con un solo proveedor o contratista, conforme a lo previsto en el artículo 52 de la presente Ley, cuando se den las siguientes circunstancias excepcionales:*

a) *Si el objeto del contrato adjudicable solo puede obtenerse de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de un derecho exclusivo respecto del objeto del contrato, por lo que, a falta de otras opciones razonables, no es posible valerse de ningún otro método de contratación;*

b) *Si, debido a una situación de catástrofe, la necesidad del objeto del contrato es tan urgente que no resulte viable entablar algún otro método de contratación pública por el tiempo necesario para el empleo de esos métodos;*

c) *Si, habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de determinado proveedor o contratista, la entidad adjudicadora decide adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, y teniendo además en cuenta la eficacia con la que el contrato original haya respondido a las necesidades de*



la entidad adjudicadora, el volumen relativamente bajo del contrato propuesto en comparación con el del contrato original, el carácter razonable del precio y la inexistencia de otra fuente de suministro que resulte adecuada;

d) Si la entidad adjudicadora determina que cualquier otro método de contratación resultaría inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado; o” .”

e) Si, [a reserva de la aprobación del [nombre del órgano competente designado por el Estado promulgante para dar esa aprobación], y] tras haberse publicado un aviso y dado la oportunidad debida para hacer observaciones, es necesario recurrir a un proveedor o contratista determinado para promover alguna política socioeconómica de este Estado, siempre que no sea posible promover esa política contratando a algún otro proveedor o contratista.” (este supuesto podría incluirse, también entre los referidos en el caso de Único Oferente o, por la excepcionalidad del procedimiento en algún tipo similar al que titulamos como Ofertas frustradas)

Nótese finalmente que en la Ley Modelo no aparece, como era de esperar, la excepción que calificamos como Oferente Estatal, obvia ausencia en el esquema de un modelo inspirado y trabajado en los límites y objetivos del juego del desarrollo mercantil.

Las excepciones en el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR. **MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 23/06**

"Artículo 12 – EXCEPCIONES GENERALES.

- 1. Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará en el sentido de impedir a un Estado Parte la adopción de medidas que*

considere necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de contrataciones relativas a la seguridad y defensa nacional.”

"Artículo 18 – REGLAS PARA LA CONTRATACIÓN DIRECTA

1. *Una entidad de un Estado Parte podrá utilizar los procedimientos de contratación directa en los casos previstos en el párrafo 2 de este artículo, a condición de que no se utilicen aquellos procedimientos para evitar la competencia máxima posible o de forma que constituya un medio de discriminación entre proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras de los otros Estados Partes o de protección a los proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras nacionales.*

2. *Una entidad podrá adoptar procedimientos de contratación directa en las siguientes circunstancias:*

a) *en ausencia de ofertas en respuesta a una convocatoria de licitación pública o cuando las ofertas presentadas hayan resultado inadmisibles y/o no se ajusten a los requisitos esenciales del pliego de licitación, cuando justificadamente la licitación no pueda ser repetida sin perjuicio para la entidad contratante y siempre que en el contrato adjudicado no se modifiquen las condiciones preestablecidas;*

b) *cuando, por tratarse de obras de arte, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, o cuando por razones técnicas no haya competencia, los bienes, servicios u obras sólo puedan suministrarse por un proveedor de bienes o un prestador de servicios u obras determinado sin que existan otras alternativas o sustitutos razonables;*

c) *hasta donde sea estrictamente necesario, cuando, por razones de extrema urgencia o emergencia*



debidas a acontecimientos que la entidad no pueda prever o evitar, no fuera posible obtener los bienes o servicios u obras a tiempo mediante licitaciones públicas o su realización perjudicara seriamente las actividades de la entidad contratante y solamente para los bienes necesarios a atender la situación urgente y fracciones de obras y servicios que puedan ser concluidos en el plazo máximo de 180 (ciento ochenta) días seguidos e ininterrumpidos, contados a partir del acto administrativo a través del cual se declare la necesidad de realizar una contratación directa, siendo vedada la prórroga de los respectivos contratos;

d) para la adquisición de componentes o piezas de origen nacional o extranjero, necesarios para el mantenimiento de equipos durante el período de garantía técnica, al proveedor original de esos equipos cuando tal condición de exclusividad fuese indispensable para la vigencia de la garantía;

e) cuando se trate de contrataciones adicionales del proveedor inicial de bienes o del prestador inicial de servicios ya sea como partes de repuesto o servicios continuos para materiales, servicios o instalaciones existentes, o como ampliación de materiales, servicios o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor de bienes o prestador de servicios obligaría a la entidad a adquirir equipo o servicios que no se ajustaran al requisito de ser intercambiables con el equipo o los servicios ya existentes;

f) cuando en el curso y para la ejecución de un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o fabricación original, surja la necesidad de adquirir un prototipo o un primer bien o servicio. Una vez que se hayan cumplido los contratos de esa clase, la compra de bienes o servicios que se efectúen como consecuencia de ellos se ajustarán a los procedimientos de licitación;



g) en contratos con profesionales o entidades considerados, en su campo de actuación, de notoria especialización, derivada del desempeño previo, estudios, experiencia, publicaciones, organización, equipos, personal técnico o de otros requisitos relacionados con sus actividades, que permitan inferir que su trabajo es esencial e indiscutiblemente el más adecuado para la plena satisfacción del contrato;

h) cuando una entidad requiera servicios de consultoría relacionados con aspectos de naturaleza confidencial, cuya difusión pudiera razonablemente esperarse que comprometa información confidencial del sector público, cause perturbaciones económicas serias o, de forma similar, sea contraria al interés público, y

i) en los casos en que la legislación del Estado Parte prevea la contratación directa de entidades integrantes o controladas por la Administración, de instituciones sin fines lucrativos dedicadas a la asistencia social, a la enseñanza, a la investigación y al desarrollo institucional, y para contratación con recursos de dichas instituciones siempre que sean utilizados exclusivamente para la investigación científica y tecnológica.

Con referencia al caso de los oferentes estatales y además de la inclusión en su lógica de los efectores sociales, podría incorporarse al "rubro" y considerar que quede ampliado a partir de la consolidación de las estructuras supranacionales integradas que comprendan la necesidad de compartir los mismos fines y objetivos que sus pares en cada estado parte y las posibilidades que brinda, por ejemplo, la idea de compras estacionales en salud que mantenemos de 2010¹⁴⁰.

¹⁴⁰ "los refuerzos de vacunación y sanitarios ante brotes epidémicos reconocen mapas migratorios de las distintas



10. Conclusión.

En el mismo sentido que he alertado sobre el agotamiento de la discusión binaria entre la existencia o presencia del derecho indicativo en el marco de las relaciones de la contractualidad pública, presencia en la que incluyo la enorme masa de compromisos internacionales no internalizados por los estados comprometidos, creo que es posible realizar un esfuerzo menos ampuloso y mediático que las grandilocuentes cumbres internacionales para dictar y suscribir cada vez más instrumentos y compromisos de difícil realización, y empezar a incluir en la cláusula del orden normativo de las interpretaciones de los Pliegos Licitatorios a la Ley Modelo de la UN sobre Contrataciones Públicas, a los Tratados anticorrupción y a el Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, al menos en los renglones finales. Un simple y humilde aporte a la regulación, limitante de la discrecionalidad y respetuosa de la recepción de los principios generales que vamos desarrollando con tanto esfuerzo y tantos recursos, que además redundará en una demostración de una actitud respetuosa al Tratado de los Tratados, en especial desde los países con sistemas federales que se ven obligados a internalizar tantas veces como jurisdicciones convivan en su estructura territorial

enfermedades, especialmente diseñados dentro del subcontinente dejando saldos sobrantes de dosis donde ya se haya reducido el brote inicial que se podría transferir a la región que se encuentra en el pico de la crisis” en BIGLIERI, Alberto. Estudios de derecho de la Integración. Op. Cit. Pag. 134. Vale la pena agregar que los caos de Gripe A o Zika, permiten ampliar esta lógica y extenderla a la cuestión de la evolución e ineficacia de las cepas, a su vencimiento, a los químicos utilizados en fumigación, etc.

soberana los TI a los que su organización federal adhirió, como el caso que desarrollamos sobre Argentina y el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR.