

23 al 27
SETIEMBRE
1966

PARANA
(E. RIOS)



CONGRESO NACIONAL DE **Contadurías Generales**

“EL CONTROL EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO”

AUTOR: CONT. IRMA E. ROTHAMEL DE BOIMVASER
COLABORACION ESPECIAL: CONT. RICARDO ERNESTO MANGIA
CONT. ANA MARIA S. DE ORCE
CONT. BLANCA A.W. DE FAJIAN
CONT. CARLOS ANTONIO SANTINI

(Integrantes de la Contaduría General de la Provincia de Entre Ríos)

236 727

8vo. CONGRESO NACIONAL DE
CONTADURIAS GENERALES
23 AL 27 DE SETIEMBRE DE 1986
PARANA (ENTRE RIOS)

"EL CONTROL EN LAS
CONTRATAIONES DEL ESTADO"

AUTOR: CONT. IRMA ESTELA ROTHAMEL DE BOIMVASER

COLABORACION ESPECIAL: CONT. RICARDO ERNESTO MANGIA
CONT. ANA MARIA S. DE ORCE
CONT. BLANCA W. DE FAJIAN
CONT. CARLOS ANTONIO SANTINI

(Integrantes de la Contaduría General de la Pcia. de Entre Ríos)

INTRODUCCION

En nuestro sistema republicano de gobierno, el control de la actividad que ejerce el Poder Administrador para el cumplimiento de la política fijada a través del Presupuesto por el Poder Legislativo, representante del pueblo, adquiere una importancia fundamental, más aún en las actuales circunstancias en que los recursos son tan escasos en relación con las necesidades de los administrados, de la comunidad.

El fin inexcusable de la actividad administrativa es satisfacer el interés público y el control de la actividad administrativa, en la medida que sea efectivo, garantizará en mayor grado el cumplimiento de ese fin.

De acuerdo con disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley de Contabilidad de la Provincia de Entre Ríos, corresponde a la Contaduría General efectuar el control preventivo de la gestión económico-financiera de la hacienda pública y analizar todos los actos que se refieran a la misma, observándolos cuando contraríen o violen disposiciones legales o reglamentarias.

Entre los actos referidos a la hacienda pública que corresponde controlar a la Contaduría General, hemos elegido los contratos administrativos, dada la importancia relevante que adquiere ese instrumento para la satisfacción de las necesidades públicas, en una sociedad en la que se intensifica la intervención estatal.

Para ello y antes de entrar en el tema específico de los contratos administrativos, realizaremos algunas consideraciones con relación al control en el Estado de Derecho y el que corresponde efectuar a la Contaduría General, analizando el alcance que debe tener el mismo.

Si bien en el presente trabajo se hace referencia generalmente a las disposiciones de la Constitución, Ley de Contabilidad y Reglamentación de las Contrataciones de esta Provincia, dada la similitud de las normas vigentes en la Nación y demás Estados provinciales, consideramos que, en su esencia, es válido para cualquiera de las Administraciones, con las variantes que el derecho positivo contemple en cada caso.

CAPITULO I

EL CONTROL EN EL ESTADO DE DERECHO

Evolución en la concepción del Estado

La concepción del Estado y la organización política y jurídica de los pueblos, ha sufrido una evolución a lo largo de la historia.

Con el nacimiento del constitucionalismo, con la eclosión histórica de la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se opera a fines del siglo XVIII un cambio en la vida política que afecta radicalmente la relación entre el Estado y los habitantes(1).

Se pasó de la concepción del Estado de Policía, en el que el Estado tenía un poder absoluto, ilimitado frente a los individuos a los que no se reconocía ninguna clase de derechos, a la del Estado de Derecho en el que se reconocen al hombre derechos inalienables que el Estado debe respetar.

Con la Constitución que el pueblo se da, se establece un orden jurídico al que deben someterse el Estado y las personas. La concepción del Estado de Derecho, es poner vallas a los poderes públicos para que estos no puedan actuar arbitrariamente en relación con los particulares.

Lentamente se va sucediendo, al reconocimiento de los derechos civiles del hombre, otra etapa de cambios en la concepción económica y social del Estado, para considerarlo como un agente del bien común y el interés público.

En los Estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración de antaño: ésta "respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico", mientras que luego "estos dos postulados se han, en cierto modo, invertidos: el liberalismo se ha introducido en el orden político y la autoridad en el orden económico". Ese es, quizás, el doble juego de valores a que tiende el Estado moderno(2).

La intervención del Estado en el campo económico, clásicamente orientada al crecimiento, comienza a tener un fin social.

Surge así en los últimos años, la concepción del "Estado de Bienestar" o Estado Social de Derecho. "Como dice Treves: Se trata de una forma de Estado que interviene activamente a favor de los ciudadanos y especialmente de los menos pudientes, quienes más necesitan de su ayuda. Su campo de acción es especialmente económico, a fin de lograr la "libertad de la necesidad". O en otras palabras, desde ahora la idea central en que el Derecho ... se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico"(3).

El hecho de que el Estado de Bienestar implique a veces restricciones a los derechos individuales para mejor lograr el

bien común, no significa que se opone al Estado de Derecho, sino que lo revitaliza. La diferencia entre la concepción clásica del Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho es que, mientras en el primero se trata sólo de oponer vallas al Estado, en el segundo, sin dejar de mantener las vallas, se le agregan finalidades y funciones a las que antes no estaba obligado.

El control en el Estado de Derecho

El control de la Contaduría General

Toda esa creciente intervención del Estado que implica cuantitativamente mayor poder de la Administración y mayores casos de ejercicio del poder y mayor probabilidad de abusos en ese ejercicio, exige un efectivo ejercicio del control, que ha sido consagrado por la Constitución, con la finalidad de constituir un conjunto de garantías de legalidad en la actividad administrativa, a la vez que a lograr la eficiencia y la moralidad dentro de la Administración.

En el Estado de Derecho, en un sistema constitucional en el que el pueblo es el titular de la soberanía entendida como poder ilimitado, en el que la Constitución no emana del Estado sino del pueblo, la Constitución es una norma jurídica imperativa impuesta por el pueblo al Estado.

Tal como lo señala Alberdi, "la Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno"(4).

La división de poderes que establece la Constitución, fue concebida como "garantía de la libertad", para que "el poder contenga al poder" a través del mutuo control o interacción de los tres órganos: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial".

Sin embargo, el equilibrio previsto en la Constitución, muchas veces se distorsiona por la insuficiencia del control.

Pero además del mutuo control entre los tres poderes del Estado, el pueblo, en la Constitución, ha encomendado a un órgano del Poder Ejecutivo, la Contaduría General, el control de todos los actos que se refieran a la hacienda pública, al disponer en su artículo 142, que "la Contaduría intervendrá preventivamente en las órdenes de pago y las que autoricen gastos, sin cuyo visto bueno no podrán cumplirse, salvo en lo que se refiere a los últimos, cuando hubiere insistencia por acuerdo de ministros, debiendo la Contaduría, en el caso de mantener sus observaciones, dar inmediatamente publicidad a su resolución y dentro de los quince días subsiguientes a la misma, poner todos los antecedentes en conocimiento del Tribunal de Cuentas".

Además, la Ley de Contabilidad Nro 5140 establece en su artículo 58 que corresponde a la Contaduría General "ejercer el control interno de la gestión económico-financiera de la hacienda pública"; y en su artículo 61, inciso a), que corresponde a la misma "analizar todos los actos administrativos que se refieran a la hacienda pública provincial y observarlos cuando contraríen o

violen disposiciones legales o reglamentarias ... A tal efecto, dichos actos juntamente con los antecedentes que los originen, deberán serle comunicados antes de entrar en ejecución".

Las disposiciones citadas no implican una facultad sino un deber, no tienen el carácter de atribución sino de obligación y en virtud de las mismas, la Contaduría General "debe" controlar todos los actos que se refieran a la hacienda pública.

Pero, qué alcance debe tener ese control? Nos interesa analizar el alcance en cuanto al objeto, es decir, qué debe ser materia de control: la legitimidad, el mérito, oportunidad o conveniencia; o ambos?.

Si bien las disposiciones mencionadas se refieren simplemente al control, sin limitarlo en su alcance, de lo que puede deducirse que comprende tanto a la legitimidad como al mérito, veremos la opinión de la doctrina.

La Administración como función del Estado

Puede definirse la Administración, como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.

El Estado de Derecho ofrece una Administración condicionada legalmente, donde todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo.

La Administración en su actividad, debe desenvolverse con sujeción al ordenamiento jurídico, con sujeción a la ley; incluso en el ejercicio de su actividad discrecional, debe mantenerse dentro del ámbito demarcado por la ley cuya "finalidad" debe ser rigurosamente observada.

El control como función de la Administración

Vamos a referirnos a la función de contralor, como una de las funciones a cumplir por la Administración, pues dentro de la misma halla ubicación la función de control que le compete a la Contaduría General.

Según Marienhoff, dicha función es la que se ejerce sobre los actos de la Administración y de los administrados vinculados a ella, con el objeto de verificar la legalidad, que comprende tanto la legitimidad como la oportunidad o conveniencia, de dichos actos.

Si bien existe un control contable o financiero que debe realizar la Contaduría General y que tiene sus modalidades propias y que es jurídico, nos interesa referirnos al control de legalidad (legitimidad y oportunidad, mérito o conveniencia) que constituye un control jurídico "stricto sensu".

Dicho autor, al referirse al control de legalidad como función de la Administración, incluye en el mismo al control que realiza

la Contaduría General como veremos seguidamente.

El control que se realiza en la Administración, puede clasificarse desde tres puntos de vista fundamentales:

- a) En cuanto al "momento o tiempo", puede ser anterior o posterior a la emisión del acto y tener el carácter de preventivo o represivo.
- b) En cuanto a la "iniciativa" para efectuarlo, puede ser de oficio o a petición de parte (recurso).
- c) En cuanto al "objeto" que se pretende lograr con el control, puede ser de "legitimidad" o de "oportunidad", según que tiendan a impedir o reprimir la violación de normas legales o de conveniencia o mérito.

El control de legalidad en la Administración puede ponerse en marcha por distintos medios.

Las vías o medios jurídicos para hacer efectivo el control en la Administración, a veces están contemplados expresamente por una norma, pero en otros casos surge en forma implícita de algún precepto generalmente constitucional.

Dentro de los medios de control o fiscalización en la Administración están los llamados "recursos". La autolimitación de potestades que realiza el Poder Administrador a través de las normas que regulan los recursos en el procedimiento administrativo, se establecen como medio de control a favor y por los administrados.

Si bien el "poder de control" en la Administración es inherente al "poder jerárquico", control no es lo mismo que jerarquía, de donde resulta que un órgano jerárquicamente inferior puede controlar a uno superior. Es lo que ocurre con el control que realiza la Contaduría General. De modo que la procedencia del control en la Administración no requiere subordinación del órgano controlado al controlante.

Podemos concluir entonces, siguiendo a Marienhoff, que el control que le compete a la Contaduría General es de legalidad, que comprende, además del control contable o financiero, el control de legalidad propiamente dicho que alcanza a la legitimidad y al mérito, oportunidad o conveniencia.

Además, entendemos que la doctrina, en general, coincide en este punto. Así por ejemplo, en el panel sobre el tema "El carácter constitucional de las Contadurías Generales" realizado en el II Congreso de Contadurías Generales efectuado en Mendoza en el año 1979, Dromi, al referirse al alcance formal del control que deben efectuar las Contadurías, expresa que "... una de las primordiales misiones de las Contadurías es fiscalizar la ejecución presupuestaria, pero no es esa la única función asignada. La ley confiere en general todo el control interno de la gestión económico-financiera de la Administración, que va más allá de la simple verificación presupuestaria". Y al hablar del alcance objetivo del control, señala que "la oportunidad no es algo diferente de la legalidad ni algo distinto de la juridicidad que envuelve toda la actuación de los órganos de la Administración. Es parte integrante, al igual que los otros elementos de la competencia administrativa. Por lo tanto, el control del recto ejercicio de la competencia comprende la oportunidad y conveniencia con que han sido utilizadas en un caso concreto, para

dar adecuada solución a una necesidad pública. Cabe señalar que tales actos no son ajustados a Derecho, si se acredita entre otras causas una notoria arbitrariedad, abuso o desviación de poder. No controlarlas, so pretexto de que no constituyen la legalidad de actuar de la Administración, significaría: abdicar de la función controladora y renunciar al principio de la juridicidad que informa toda la actividad administrativa".

Regodesebes también señala que "el control de legalidad como se realiza en la actualidad ha demostrado su total falta de efectividad. Aún existiendo en los actos administrativos vicios de irrazonabilidad, arbitrariedad o falta de sustento fáctico, igual se les da curso, si se han cumplido los trámites rituales del caso. Como solución a este problema, Gordillo propone incorporar al concepto de legalidad, la grave inoportunidad del acto y no cualquier inoportunidad, saliendo de esta absurda concepción del control, que pone énfasis solamente en la forma"(5).

Nos interesa fundamentalmente referirnos al control de legalidad propiamente dicho y para ello analizaremos en primer lugar los conceptos de legitimidad y de mérito.

Control de legitimidad y de mérito

La validez del acto administrativo, entendido este como la manifestación más importante de la actividad administrativa, depende del cumplimiento de ciertos requisitos esenciales o elementos del acto. Reunidos todos esos elementos en forma simultánea, el acto es perfecto: válido y eficaz.

Si falta alguno de esos requisitos, el acto será viciado.

Suele hablarse de elementos de la legitimidad y de elementos del mérito de los actos administrativos. Los primeros se relacionan con el cumplimiento de las disposiciones "positivas" referentes al acto y los segundos con el cumplimiento meritorio de sus fines. Habrá cumplimiento meritorio de los fines, cuando el acto sea oportuno, conveniente, razonable(6).

La legalidad de todo acto administrativo requiere el cumplimiento no sólo de la "legitimidad" sino también del "mérito". Las cuestiones de mérito son tan jurídicas como las cuestiones de legitimidad.

La legitimidad da lugar al control de legitimidad y el mérito al control de mérito.

Lo referente al mérito, conveniencia u oportunidad, tiene especial trascendencia en los supuestos en que la actividad de la Administración es de tipo discrecional. Pero también deben ser oportunos y convenientes los actos emitidos en ejercicio de la actividad reglada. "Si así no fuere, el interés público, finalidad inexcusable de la actividad administrativa, podría resultar desatendido".

Los órganos de la Administración deben actuar no sólo legítimamente sino también convenientemente o sea de acuerdo a las exigencias del interés público. Un acto legítimo puede ser en cambio inoportuno e inconveniente y por lo tanto antijurídico.

Juzgar el mérito del acto significa juzgar si el acto es oportuno o conveniente para el interés público.

Elementos de los actos administrativos que hacen a su legitimidad

Si corresponde a la Contaduría General efectuar el control de legitimidad, veremos ahora cuáles son los elementos que hacen que el acto administrativo sea legítimo.

Definiremos en primer lugar el "acto administrativo". Es la forma esencial en que la Administración expresa su voluntad, sea de un modo general (reglamento) o de un modo particular (acto administrativo individual), sea de manera unilateral (acto administrativo propiamente dicho) o bilateral (contrato administrativo).

Tiende a regular sus relaciones con los administrados. Se diferencia del acto de administración cuya eficacia se agota en lo interno de la Administración, no regulando relaciones con terceros.

Los "elementos" esenciales del acto son:

- a) "Competencia": es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer en razón de la materia, territorio, grado y tiempo.
- b) "Causa" o "motivo": es la circunstancia o antecedente de hecho aceptado o impuesto por la ley para justificar la emisión del acto. Se diferencia de la motivación, la cual es la expresión o constancia de que el motivo existe en el caso concreto.
- c) "Objeto" o "contenido" del acto: es lo que preceptúa el acto, lo que "dispone", consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad competente, siendo ello lo que diferencia un acto de otro.
- d) "Forma": comprende los requisitos a cumplir para la "formación" y "expresión" de la voluntad, refiriéndose los primeros a las formalidades o al procedimiento fijado por las normas para la formación del acto y los segundos, a las formas o maneras en que ha de expresarse o exteriorizarse un acto ya formado.

La publicidad del acto o comunicación a los interesados constituye un aspecto de la forma vinculado directamente a la eficacia del acto. Para ser perfecto el acto, no sólo requiere validez sino también eficacia. Mientras el acto no se publique o comunique, se considera que los administrados ignoran la existencia del acto, para quienes es como si no existiera(7).

La publicidad es un corolario del precepto contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe".

Si el acto administrativo es de alcance "general", la publicidad del acto se efectúa mediante publicación en el Boletín Oficial; si es de alcance particular, se debe cumplir mediante la notificación por un medio idóneo.

- e) "Motivación": consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración a la emisión del acto; es la expresión o constancia de que el motivo existe. Equivale a los "considerandos".

Cómo debe expresarse la motivación? Cuáles son sus requisitos?. La motivación idónea o eficaz requiere que ella sea "suficiente" para apreciar con exactitud los motivos

determinantes del acto(8).

Este elemento adquiere mayor importancia en materia de actos discrecionales de la Administración, pues es mayor la necesidad de justificar la íntima correlación entre el motivo, el objeto y la finalidad del acto.

La motivación tiende a poner de manifiesto la juridicidad y legitimidad del acto.

f) "Finalidad": constituye la razón que justifica la emisión del acto y debe estar siempre de acuerdo con el interés público.

La actuación permanente de la Administración para satisfacer el interés público, es un principio fundamental que en el Estado de Derecho se impone, como resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico.

La consideración de la "finalidad" como elemento esencial del acto administrativo, es una de las conquistas más grande del derecho público moderno, pues contribuyó eficazmente a eliminar el concepto autoritario de gobierno(9).

La finalidad debe ser la prevista por la norma, debe ser verdadera, no encubierta ni falseada; en caso contrario habría una desviación de poder que viciaría el acto.

A los elementos citados Marienhoff agrega otro, la "moral" concepto que incluye el de "buenas costumbres" y el de "buena fe" o pureza de las intenciones.

"La recta conducta, el respeto absoluto al orden jurídico, los procederes e intenciones acordes con las máximas exigencias de la dignidad, han de constituir la esencia de todo acto administrativo(10).

Constituye un principio general de derecho, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que somete a juicio de los magistrados, los actos que ofenden a la moral pública.

Actividad administrativa reglada y discrecional

Al hablar de la legitimidad y del mérito como presupuestos de validez de los actos administrativos, decíamos que el mérito tiene especial trascendencia cuando la actividad es de tipo discrecional.

La actividad de la Administración puede desenvolverse de manera reglada o discrecional. En qué consiste la actividad reglada o vinculada y la actividad discrecional de la Administración?

En el Estado de Derecho, toda la actividad de la Administración como así también de los órganos Legislativo y Judicial, debe desarrollarse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.

Tal afirmación, que tiene el carácter de principio esencial, puede satisfacerse en distintos grados, dando lugar a dos tipos de Administración: la reglada y la discrecional.

En ejercicio de la actividad reglada, la Administración aparece estrictamente vinculada a una norma jurídica que predetermina en forma concreta una conducta determinada que debe seguir. En presencia de tal o cual situación de hecho, la Administración debe tomar la decisión predeterminada en forma específica por la ley;

no tiene la posibilidad de elegir entre varias posibles decisiones; su conducta le está señalada de antemano por la regla de derecho.

En ejercicio de la actividad discrecional, la Administración decide con mayor libertad; su conducta no está determinada por normas legales sino por la "finalidad" legal a cumplir. Se trata de una predeterminación genérica, no específica de la conducta administrativa.

En presencia de determinados hechos o situaciones, la Administración está facultada para valorarlos o apreciarlos de acuerdo a criterios de diversa naturaleza pero no legislativos, y adoptar la decisión que cumpla de mejor manera la finalidad de la ley. "La Administración realiza aquí un juicio de oportunidad" dice el profesor español Lopez Rodó(11).

Potestad discrecional es pues, "elección de comportamiento en el marco de una realización de valores".

Dicho de otra manera, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero la conducta eficaz o conveniente para el interés público, en algunos casos es determinada por la norma positiva y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia entre facultades regladas y discrecionales de la Administración. En un caso es la ley -en sentido lato: Constitución, ley, reglamento- y en otro el órgano actuante el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse.

La amplia libertad que tiene la Administración para valorar las necesidades generales y la forma de satisfacerlas, hace que la actividad administrativa sea fundamentalmente discrecional. Pero siempre respetando la "finalidad" esencial de la razón de ser de la actividad de la Administración: satisfacer de la mejor manera el interés público. De lo contrario el acto que se emitiera sería viciado.

Por principio, la actividad administrativa se desenvuelve de manera discrecional; por excepción aparece reglada, lo que debe resultar de un texto expreso.

La actividad es discrecional cuando la ley se limita a señalar los "fines" prescindiendo de la mención específica de los medios para lograrlos.

Discrecionalidad no es arbitrariedad.

El acto administrativo discrecional, tiende a satisfacer los fines de la ley o sea, en definitiva, el interés público. Es por principio, legítimo.

El acto arbitrario, aún aparentando a veces legitimidad, se aparta de las finalidades a que el acto debe responder. De ahí el vicio de la desviación de poder. Es por lo tanto ilegítimo, antijurídico.

Límites a las facultades regladas y discrecionales

Límites a las facultades regladas

La ley siempre prevé en forma expresa o implícita la competencia que tienen los órganos para actuar y generalmente la forma y el procedimiento para la declaración de su voluntad. Ese es un primer grupo de casos de regulación impuesta "directamente" a la actividad administrativa.

Cuando la Administración se ve constreñida a respetar normas del Derecho Civil, Laboral, etc., su conducta no es libre y a esta regulación la llamamos indirecta o inversa.

Hay también una regulación residual representada por los preceptos constitucionales. El artículo 28 de la Constitución Nacional establece que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Así, aunque la actividad administrativa no se encuentre reglada en forma directa ni indirecta, le resta esta regulación residual que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.

Finalmente, la discrecionalidad que las normas otorgan a la Administración no significa que ésta puede actuar en contra de las reglas de la técnica cuando éstas sean claras y uniformes. En este aspecto es necesario distinguir entre reglas estrictamente técnicas -indiscutibles e indiscutidas- y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica la actividad de la Administración es errónea, será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones en las que puede haber disparidad de criterios entre los mismos técnicos, la libertad de la Administración es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.

En consecuencia, si una técnica es científica, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal, corresponde hablar de regulación técnica.

Límites a las facultades discrecionales

Si la actividad administrativa es reglada, y el órgano se aparta de lo que determina la norma, su conducta será ilegítima. En cambio si la actividad es discrecional, su conducta es en principio legítima cualquiera sea la decisión que adopte; pero puede ser ilegítima si transgrede los llamados límites a las facultades discrecionales.

La discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración.

Existen límites jurídicos a la actividad discrecional, pudiendo entonces ser objeto de controles.

Estos límites a la discrecionalidad se diferencian de los límites de las facultades regladas, en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas.// La regulación es límite concreto; los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos y es necesario de una investigación de hecho en el caso concreto para determinar su transgresión.

Los principales límites a la actividad discrecional son:

- a) La razonabilidad, o sea la prohibición de actuar arbitraria e irrazonablemente. La decisión discrecional será ilegítima cuando hay falta de causa o motivo, cuando hay falta de motivación (no basta la mera invocación de las normas jurídicas que supuestamente fundamenten el acto) o cuando hay desproporción entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr.
- b) La prohibición de actuar con una finalidad impropia, que es llamada desviación de poder. Habrá desviación de poder y la decisión será ilegítima, si el funcionario actúa con un fin personal o con un fin administrativo pero no el querido por la ley.
- c) La buena fe. Si la Administración usa de una potestad discrecional de mala fe, utilizando artilugios o artimañas para llevar a engaños o error a un administrado, su conducta será ilegítima.

Comparación entre legitimidad y mérito y actividad reglada y discrecional

Los conceptos de "legitimidad" y "mérito" no se asimilan a los conceptos de "facultad reglada" y "facultad discrecional".

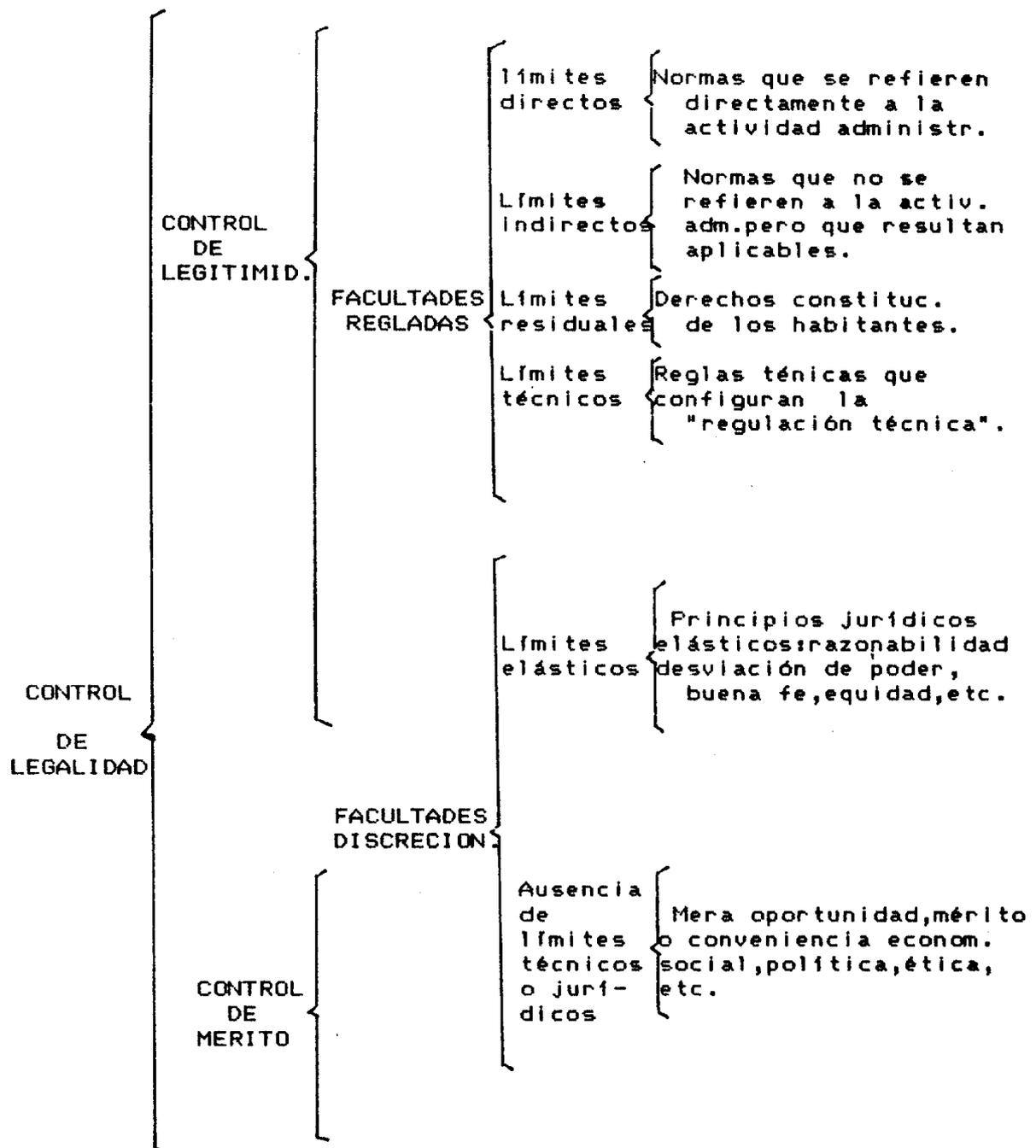
Hay facultades regladas cuando una norma o principio jurídico preestablece una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas sino también el de las discrecionales, en la medida que haya normas o principios jurídicos que puedan limitarla.

Entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control administrativo de legitimidad podemos citar:

- a) Los llamados "límites elásticos": razonabilidad, desviación de poder, buena fe y eventualmente la equidad(12).
- b) Los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación.

De ello se deduce que el concepto de "legitimidad" es más amplio que el de "facultad reglada" y que el de "mérito" es más restringido que el de "facultad discrecional".

En consecuencia, el control administrativo de legitimidad alcanza a la actividad reglada de la Administración y a parte de la actividad discrecional, como se resume en el cuadro siguiente.



Vicios de los actos administrativos

En relación con el control de legalidad (legitimidad y mérito) que corresponde ejercer a la Contaduría General, nos interesa referirnos a los vicios que pueden afectar a los actos administrativos, pues los actos viciados son los que deben ser observados. Más aún, como consecuencia del ejercicio del control interno preventivo de la gestión económico-financiera de la hacienda pública, la Contaduría General debe señalar las irregularidades o vicios en los actos preparatorios de la voluntad administrativa, antes que el acto sea dictado.

Hemos dicho que para que un acto sea perfecto, debe reunir dos requisitos: validez y eficacia.

Válido es el acto que se ha dictado de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

Eficaz es el acto que, nacido conforme a las normas vigentes, reúne los requisitos para ser cumplido. La eficacia del acto sólo se vincula a su ejecutoriedad. No es eficaz el acto que no haya sido objeto de la respectiva publicidad.

En consecuencia, acto viciado es el que no ha satisfecho los requisitos para su validez o su eficacia.

Los vicios del acto administrativo son las fallas con que éste aparece y que, de acuerdo al orden jurídico vigente, afectan la perfección del acto, sea en su validez o en su eficacia, obstando ello a la subsistencia o a la ejecución del acto.

Cabe advertir que hay irregularidades irrelevantes que no afectan la perfección del acto.

Cuando nos referimos a la legitimidad y al mérito del acto administrativo, dijimos que hay elementos que hacen a la legitimidad del acto y otros que hacen al mérito.

Los vicios vinculados a la voluntad y a los elementos extrínsecos del acto, son vicios de ilegitimidad.

Los vicios que se relacionan con la oportunidad, mérito o conveniencia del acto, están vinculados al acierto en la emisión del acto, al cumplimiento meritorio de los fines del acto, a lo intrínseco del mismo.

Tanto el vicio de ilegitimidad como el de inoportunidad, afecta a la juridicidad del acto, pues la legalidad comprende tanto la legitimidad como la oportunidad, mérito o conveniencia.

Los vicios relacionados con la legitimidad producen o pueden producir la invalidez del acto.

El vicio atinente al mérito no es causa de invalidez; torna el acto en inoportuno o inconveniente pero no en ilegítimo.

Mientras un acto ilegítimo es el que infringe las normas jurídicas positivas, un acto inoportuno es aquel que no es conveniente a los intereses públicos.

Inoportunidad no es entonces "invalidez" sino "inconveniencia".

Es importante distinguir entre acto ilegítimo y acto inoportuno por las diferencias que ambos tienen en cuanto a su impugnación y extinción.

La extinción del acto administrativo en sede administrativa, llamada revocación, procede por ilegitimidad e inoportunidad; en cambio la extinción en sede judicial, llamada anulación, sólo procede por ilegitimidad. Al Poder Judicial le está vedado juzgar la oportunidad o mérito del acto, pues ello implicaría una violación al principio de separación de poderes. Así lo establece el Código Procesal Administrativo de esta Provincia, sancionado por Ley Nro.7061, cuando se refiere a la competencia del Superior Tribunal de Justicia. En su artículo 1 dispone que "el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en pleno conocerá y resolverá en instancia única en las acciones que se deduzcan por violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo regido por ley, decreto, reglamento, resolución, contrato, acto o cualquier otra disposición de carácter administrativo. Y en el artículo 2 establece que, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son impugnables por las vías que este Código establece: a) Los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, siempre que la impugnación se funde en razones de ilegitimidad".

Consecuencias jurídicas de los vicios de los actos administrativos

Las consecuencias jurídicas de los vicios se gradúan según su gravedad en: anulabilidad, nulidad e inexistencia.

La anulabilidad responde a vicios leves; la nulidad a vicios graves y la inexistencia a vicios groseros.

Se trata pues de una cuestión de grado determinada por la gravedad o trascendencia del vicio. La mera irregularidad que no afecta la perfección del acto, es irrelevante para el orden jurídico.

Mientras el acto nulo es insanable, el acto anulable puede ser subsanado.

Las consecuencias de esos diferentes grados de invalidez son aplicables tanto a los actos reglados como a los discrecionales.

Sobre la base de este criterio general, la doctrina y la jurisprudencia han ido limitando el concepto de acto nulo y anulable.

Se considera que el acto ha de tenerse por "nulo" cuando carezca de alguno de los elementos esenciales para su existencia; en cambio será "anulable" cuando, reuniendo todos los elementos esenciales, alguno o algunos de esos elementos tengan un vicio o irregularidad que no sea grave y por lo tanto pueda subsanarse.

Con relación a la voluntad, presupuesto esencial de todo acto administrativo, se consideran vicios inherentes a la misma, el error, la ignorancia, el dolo y la violencia. La simulación no es un vicio de la voluntad pues el objeto y finalidad del acto son queridos, sino que se trata de una voluntad ilegalmente orientada.

NOTAS DEL CAPITULO I

1. Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1977, t. 1, p. II-3.
2. Gordillo, Agustín, ob. cit., t. 1, p. II-7.
3. Gordillo, Agustín, ob. cit., t. 1, p. III-25.
4. Gordillo, Agustín, ob. cit., t. 1, p. III-19.
5. Regodesebes, José R., "El control público", Buenos Aires, Talleres Gráficos de "La Ley" S.A.E.e I., 1984, p. 27.
6. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, T. II, p. 275.
7. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., T. II, p. 338.
8. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., T. II, p. 331.
9. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., T. II, p. 344.
10. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., T. II, p. 347.
11. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., T. II, p. 412.
12. Gordillo, Agustín, ob. cit., T. I, p. VIII-35.

CAPITULO II

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

La selección del contratista estatal

La figura del contrato o negocio en el que interviene una pluralidad de personas, es el instrumento jurídico usado para la ejecución de prestaciones de contenido económico o patrimonial.

En sentido estricto significa "un acuerdo de voluntades generador de obligaciones".

Para el cumplimiento de sus fines, el Estado requiere la colaboración de los administrados para hacer más eficiente su acción, celebrando contratos administrativos que regulan sus relaciones.

Dichos contratos tienen características especiales dada la función que cumplen y la incidencia del interés público en los mismos.

El régimen jurídico de los contratos, es distinto según se trate de contratos celebrados por particulares o por el Estado.

Mientras a los particulares, para poder contratar, les basta la declaración de su voluntad, la contratación estatal requiere una norma que lo autorice, la existencia de crédito presupuestario y una vinculación con el interés público.

En cuanto a la forma para contratar, el particular puede hacerlo como desee, en cambio el Estado sólo puede a través de órganos determinados y en la forma dispuesta por las normas sobre contratos administrativos.

Y en cuanto a la selección del co-contratante, si bien los particulares aplican técnicas de selección, este es el elemento que distingue a la contratación estatal. El sistema de selección que emplea el Estado, se fundamenta en el origen público de los fondos y en el carácter público de la actividad estatal, mientras que tratándose de los particulares, las razones son de orden económico y los procedimientos de selección no son obligatorios.

Debido a la relevancia que tiene la selección del contratista en la contratación estatal, la exclusión de la selección deberá estar siempre sustentada en una importante motivación.

La selección del contratista y de la mejor oferta integra el proceso de la contratación pero no se identifica con el acto del contrato.

La selección del contratista es el resultado de varios actos previos que integran el procedimiento administrativo, donde están presentes la demanda del Estado y las ofertas de los particulares. El acto final de la selección se denomina adjudicación.

Hay distintos procedimientos de selección, tales como la

licitación pública, la subasta o remate público, la licitación privada, el concurso de precios, la contratación directa, etc. En todos está presente el acto de adjudicación.

A su vez, en los distintos procedimientos de selección, hay una primera etapa de selección del contratista y se ocupa de sus condiciones personales y antecedentes; y una segunda etapa tendiente a determinar entre los proponentes que han formulado ofertas al acto correspondiente y que están en condiciones de contratar con el Estado, cuál es la oferta más conveniente.

Para seleccionar la oferta más conveniente puede tenerse en cuenta al sujeto, el objeto de la prestación, el precio y las condiciones financieras, entre otras, conjunta o separadamente.

Concepto y elementos de los contratos administrativos

El contrato de la Administración, es "un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente público estatal o no"(1).

Ello significa que para que haya contrato administrativo, se requiere la voluntad concurrente del Estado y del co-contratante, el Estado representado por cualquiera de los tres órganos - Ejecutivo, Legislativo y Judicial- en ejercicio de la función administrativa y el co-contratante, por un particular u otro ente público. Y este acuerdo de voluntades debe generar derechos y obligaciones a las partes. Son jurídicamente irrelevantes los acuerdos que no crean derechos y obligaciones.

En los contratos administrativos encontramos los mismos elementos que en los actos administrativos. La diferencia con los actos administrativos responde a la naturaleza bilateral de los contratos. Dichos elementos son:

a) Sujetos: Uno de los sujetos de la relación jurídica es siempre la Administración, es decir un órgano estatal actuando en función administrativa.

El co-contratante puede ser una persona privada, física o jurídica, siempre que encuadre en las disposiciones que regulan los contratos del Estado, o personas públicas estatales o no estatales.

b) Voluntad - Consentimiento: Para que haya contrato se necesitan dos voluntades válidas y opuestas de los sujetos que forman parte de la relación.

El consentimiento es la manifestación o exteriorización de la voluntad de las partes y presupone: Capacidad jurídica del co-contratante y competencia del órgano estatal.

Capacidad del co-contratante: para ser contratista se requiere la plena posesión de la capacidad jurídica y de obrar. El artículo 1160 del Código Civil establece quienes no pueden contratar. Las restricciones sobre las personas del co-contratante pueden ser de índole penal (procesados y condenados), económica (quebrados, concursados, interdictos), administrativa (culpables de rescisión de contratos administrativos), ética (funcionarios públicos) etc.

Competencia del órgano estatal: Si bien la competencia para contratar es específica del Poder Administrador, a quien la Constitución de la Provincia ha atribuido la inversión de las rentas públicas y la recaudación de los impuestos y rentas de la Provincia (artículo 135, incisos 11 y 12), los Poderes Legislativo y Judicial también tienen competencia originaria para contratar (artículo 70 y 166 de la Constitución), como parte de la función administrativa necesaria para su organización y funcionamiento interno.

En la Administración central, cabe aplicar con relación a la competencia, la Ley de Ministerios y de Contabilidad. En cuanto a las entidades autárquicas y empresas del Estado, sus respectivos estatutos establecen la competencia.

En nuestro sistema, la competencia se encuentra delegada. La Ley de Contabilidad de la Provincia establece, en su artículo 33, que "las autoridades superiores de los Poderes del Estado, determinarán los funcionarios que autorizarán y aprobarán las contrataciones en sus respectivas sedes".

En consecuencia, la competencia de los órganos estatales para contratar, será la que resulte, según los casos, de la Constitución Provincial, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia.

Su ejercicio constituye una obligación del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación estuviera expresamente autorizada; la avocación será procedente, a menos que una norma expresa disponga lo contrario.

Con relación a la competencia, cabe agregar que la persona o funcionario titular del órgano que tiene la competencia para contratar, debe tener capacidad jurídica en el sentido del Código Civil, como hemos visto para el co-contratante.

La competencia se ejercita mediante la autorización y la aprobación, que constituyen técnicas jurídicas de control preventivo jerárquico de los contratos.

El procedimiento de selección del contratista se inicia con un acto de autorización del órgano que tiene competencia y debe reunir los siguientes requisitos: existencia de crédito presupuestario y proyecto del pliego que regirá el llamado. En consecuencia, el acto de autorización contiene la aprobación del pliego y la imputación presupuestaria.

Finalmente, el acto de elección del contratista necesita, para producir efectos, de la aprobación del órgano competente, que en nuestro sistema aparece acumulada al acto de adjudicación.

La competencia para aprobar también está delegada.

Si bien el consentimiento puede resultar de la "libre discusión" entre la Administración y el co-contratante, la finalidad de la actividad administrativa, hace que en la mayoría de los casos, la fusión de voluntades se opere sin discusión, "por adhesión" del administrado, quien se limita a "aceptar" las cláusulas contractuales redactadas por el Estado (pliego de condiciones). Si bien no hay posibilidad de discutir las cláusulas contractuales, a los particulares les queda siempre la alternativa de aceptarlas o rechazarlas.

La falta de discusión de las cláusulas del contrato, no impide que éste exista.

Cuándo se perfecciona el contrato? depende del derecho positivo. En general, el consentimiento o exteriorización de la voluntad que perfecciona el contrato, puede operarse en los siguientes momentos:

- con la notificación fehaciente al adjudicatario;
 - con la formalización escrita o instrumentación; o
 - con la autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo superior o por el órgano Legislativo. En este caso, la intervención del otro órgano es a los efectos de integrar la voluntad administrativa y el contrato no se perfecciona sino con ella.
- c) Objeto: Es la obligación que por el contrato se constituye. Tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer. El objeto inmediato es una obligación y el objeto mediato es una prestación. Los contratos administrativos pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad la satisfacción de las necesidades generales. El objeto debe ser cierto, posible, determinado o determinable y lícito.
- d) Forma: Debemos distinguir entre "formalidades" que son los requisitos que han de observarse para la celebración del contrato y que constituyen el procedimiento de contratación; y la "forma" que es el modo concreto como se documenta o exterioriza el vínculo contractual. La "forma" es la que establece para cada caso el derecho positivo, pero como regla general, se considera indispensable que el contrato conste por escrito, forma ésta que condiciona la validez del contrato.
- e) Causa o motivo: La razón determinante de los contratos de la Administración es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva.
- f) Motivación: La Administración debe cuidar de establecer expresamente los motivos determinantes de su obrar. Cuando la ley lo exige, su omisión provoca la nulidad del acto o contrato que se realice o ejecute.

Principios que rigen la selección del contratista estatal

Para la mayoría de los autores el proceso de selección se asienta en tres principios: publicidad, competencia e igualdad.

El análisis de las normas que rigen los distintos regímenes de selección, muestra notas comunes y esenciales: la concurrencia, la correcta conducta de las partes y el carácter público del proceso de selección.

De acuerdo con Florini, reemplazamos aquellos principios por los señalados, los cuales expresan de manera más apropiada la realidad actual en relación con los contratos administrativos.

- a) Concurrencia: Es la consecuencia del llamado que hace la Administración para que se formulen ofertas. Es un requisito fundamental porque permite la selección. Sin concurrencia es imposible un procedimiento de selección. La Administración debe emplear los medios más eficaces para asegurar la máxima concurrencia de oferentes y evitar que alguno de ellos quede irrazonablemente excluido. Debe darse la oportunidad a los oferentes, de subsanar deficiencias leves que

no hagan a la esencia de la oferta y no vulneren el principio del trato igualitario, teniendo en cuenta que la concurrencia rige en beneficio del Estado.

Los medios que usa la Administración para asegurar la concurrencia, son la publicidad y la invitaciones personales.

El hecho de que se presente una sola oferta no afecta la validez del procedimiento ni impide la adjudicación.

- b) Correcto tratamiento: Si bien los autores hablan de tratamiento igualitario, éste es una consecuencia de la conducta correcta, imparcial que debe tener la Administración.

La corrección debe estar presente tanto en la demanda que hace la Administración como en las ofertas de los proponentes.

El fin que persigue la Administración al contratar, que no es el de hacer un negocio lucrativo sino hacer obras o compras convenientes a los intereses públicos, le impone una conducta diferente a la sagacidad que emplea en sus negocios el comerciante, para obtener el máximo de beneficio. En la contratación estatal se encuentra vigente un complejo de valores de bien público que le exigen al Estado y proponentes un comportamiento correcto durante todo el proceso de selección.

La conducta correcta no comprende solo el tratamiento igualitario, sino también la imparcialidad de los agentes, el requerimiento objetivo y exento de equívocos, la redacción de pliegos claros e indubitables, las aclaraciones, la información amplia, la subsanación de los inconvenientes formales y, en síntesis, todos los actos exigidos por una leal colaboración que permita el mayor número posible de ofertas.

La obligación de una conducta correcta, también pesa sobre los oferentes y si éstos la infringen, la concurrencia se ve afectada. Los proponentes también deben redactar su propuesta de un modo claro e indubitable y están obligados a un comportamiento de leal colaboración con el Estado.

- c) Carácter público del proceso: La única manera de comprobar el comportamiento correcto de las partes en la contratación estatal, es la garantía de un proceso público. Este carácter público corresponde a todo el proceso y no solamente a la etapa de la publicidad de ciertos procedimientos de contratación (ej. licitación pública).

El proceso de adjudicación debe ser público para quienes participan en la concurrencia.

El oferente es un potencial adjudicatario y contratista del Estado; su situación jurídica depende del comportamiento correcto de la Administración. Y para probarlo, tiene derecho al conocimiento prolijo del proceso de selección, a través del acceso a las actuaciones toda vez que requiera, mientras no perturbe el desarrollo del proceso.

Sólo puede ser legítima la exclusión o limitación del acceso a las actuaciones, que resulte de calificar como reservados determinados antecedentes, cuando medie justificación suficiente, siempre que esté dispuesto antes del llamado y que haya formado parte de las condiciones.

Estos principios esenciales de todo proceso de adjudicación, son comunes a cualquiera de los regímenes de contratación.

Evolución histórica de los sistemas de selección

El sistema de selección de ofertas o procedimiento de contratación ha sufrido una evolución en la historia política del Estado. Antiguamente se contrataba directamente, pero la corrupción existente creó la necesidad de dictar normas que regulen la celebración de los contratos.

El primer sistema de selección fue la subasta pública y luego la licitación pública. El Estado seguía fielmente el principio de la libre concurrencia y del precio más bajo. Con el tiempo también se formó la connivencia y el acuerdo ilícito entre los oferentes.

Es por eso que en el Estado moderno, la exclusividad de la licitación pública declinó en favor de otros sistemas más elásticos y que permiten un mayor control. Por otro lado, la actividad económica y empresarial del Estado ha hecho necesario flexibilizar los sistemas de selección.

La diversidad de bienes y servicios que necesita el Estado para el cumplimiento de sus fines, ha demostrado que el precio más bajo no puede ser el único factor a tener en cuenta para la selección del contratista, pudiendo pasar a un segundo plano cuando es necesario efectuar evaluaciones de carácter científico o artístico, cuando debe contarse con el objeto de la prestación en el menor tiempo posible o conseguir la más conveniente forma de pago.

La mejor oferta no es simplemente la más barata sino la más conveniente a un precio razonable. Es por ello que la legitimidad del procedimiento de selección ha desplazado al factor "precio más bajo" apareciendo nuevos principios para calificarla.

La elección de la oferta debe ser pública, responsable, ponderada y esclarecida, dado el origen público de los fondos estatales. Para ello debe haber concurrencia de ofertas, un correcto procedimiento de selección y la adjudicación a la oferta más conveniente a un precio razonable. Ello debe aplicarse no sólo en la licitación pública sino en todos los procedimientos de selección.

Selección, contratación directa y libre elección

El sistema de selección no se identifica con uno de sus regímenes, la licitación. La selección es un principio y la licitación uno de los distintos procedimientos para elegir el contratista. La selección y la adjudicación están presentes en todos los procedimientos de contratación.

Contratación directa no significa exclusión de procedimiento para seleccionar al contratista o "libre elección"; es un procedimiento autorizado para cuando hay imposibilidad de realizar otro sistema de selección.

La contratación directa no representa una imposición para el administrador, sino que debe entenderse como un permiso que debe aplicarse en forma restrictiva en los casos previstos

taxativamente en la ley y debe contar con motivación suficiente. La regla general es la concurrencia y la selección y cuando ésta no puede aplicarse, se usa la contratación directa a título de excepción. Pero esta clase de contratos deben ajustarse a pliegos de condiciones básicas y debe seguirse un procedimiento reglado que cuenta, por lo menos, con los actos de autorización y aprobación. Esto es lo que distingue la contratación directa de la "libre elección" del contratista.

Solamente puede haber libre elección, en las operaciones de pequeño monto o en los contratos celebrados por razones de urgencia o calamidad pública que configuran lo que jurídicamente se llama estado de necesidad. Los restantes supuestos enunciados en la ley, deben estar precedidos de un proceso selectivo.

La selección tiene un elemento común a todos los procedimientos, el acto de adjudicación.

Etapas del procedimiento de contratación

El procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual no se confunde con el contrato.

El vínculo contractual nace sólo cuando se encuentran la voluntad del Estado y la del co-contratante, por el procedimiento legal previsto al efecto.

Debemos distinguir en consecuencia un procedimiento pre-contractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato y un procedimiento contractual o de ejecución del contrato.

Los procedimientos de contratación se manifiestan a través de las siguientes etapas técnico-jurídicas:

- a) Etapa preparatoria, en la que se cumplen, de manera preliminar, los presupuestos que hacen jurídicamente posible la contratación. Es interna, sin participación de terceros interesados. Comprende los estudios de factibilidad jurídica, financiera, presupuestaria, física, económica y política de la obra o suministro objeto de la contratación; la imputación preventiva en la partida presupuestaria y la preparación del pliego de condiciones.
- b) Etapa esencial, que comprende el procedimiento de contratación propiamente dicho. En esta etapa se aplica alguno de los sistemas de selección del contratista estatal: licitación pública, licitación privada, contratación directa, etc.
Las relaciones que se generan son bilaterales y afectan a terceros. Comienza con el llamado, apertura de ofertas, estudio de las ofertas, preadjudicación y adjudicación.
- c) Etapa integrativa, consiste en la exteriorización de la voluntad contractual y perfeccionamiento del contrato en la forma que el derecho positivo prevé: notificación de la adjudicación, instrumentación escrita, etc.

Régimen jurídico del procedimiento de contratación

El contrato es una de las formas jurídicas de la actividad administrativa. En consecuencia, en su preparación y ejecución se aplica el régimen jurídico de la función administrativa.

Dentro de este régimen jurídico encontramos las normas del procedimiento administrativo, que son las que regulan o rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

"El sistema estatal de selección del contratista, es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación"(2).

Al procedimiento de contratación le son aplicables entonces además de las disposiciones específicas sobre contratos administrativos, como las contenidas en la Ley de Contabilidad, Reglamentación de las Contrataciones del Estado, Ley de Obras Públicas, etc., las normas del procedimiento administrativo que en nuestra Provincia están contenidas en la Ley 7060.

El control jurídico en los contratos administrativos

La actividad contractual del Estado está sujeta a varios sistemas de control o fiscalización, tendientes a garantizar la legalidad de la actuación estatal, legalidad que, como ya hemos dicho, comprende tanto la legitimidad como el mérito, oportunidad o conveniencia.

Dichos controles son:

1. Control interno administrativo, el cual puede realizarse de oficio o a petición de parte.
 - a) El control administrativo de oficio es el realizado por la Administración en ejercicio de una auténtica función de autocontrol.
Este a su vez puede ser:
 - Jerárquico, que comprende la autorización, aprobación, revocación, etc.
 - Realizado por un órgano que tiene la función específica de control, como es el que realiza la Contaduría General.
Corresponde a la Contaduría General realizar dos tipos de controles: el control financiero o contable que se refiere al control de ejecución de la Ley de Presupuesto y el control jurídico o de legalidad strictu sensu que comprende tanto la legitimidad como la oportunidad.
- Control contable: La celebración de los contratos administrativos constituye un modo de cumplir el presupuesto tanto en materia de gastos como de recursos y debe ajustarse al procedimiento fijado por la Ley de Contabilidad para el gasto y la recaudación.

Los contratos administrativos, como instrumentos de la

gestión económico-financiera de la hacienda pública, están sujetos al control contable o financiero que es función específica de Contaduría General.

Con relación a este control, como se ha repetido en reiteradas oportunidades en Congresos anteriores, nuestro sistema es ineficiente, por la falta de un control de eficiencia de la actividad administrativa, para lo cual consideramos fundamental contar con un presupuesto por programas que permita medir, no sólo cuanto se gasta sino también en que se gasta.

Según lo expresa Jiménez Castro, "las entidades de contraloría han venido propiciando una modernización muy conveniente de los sistemas y procedimientos presupuestarios públicos, recomendando o exigiendo en algunos casos que los órganos del Estado y sus organismos y dependencias, implanten el presupuesto por programas y actividades en lugar del presupuesto fiscal tradicional, que constituye un balance de ingresos y egresos con poca información para controlar efectivamente lo realizado, en comparación con lo que se ha planificado"(3).

Control de legalidad: A este control, cuyo análisis conceptual hemos efectuado en el Capítulo I, nos referiremos en el último capítulo de este trabajo.

- b) El control administrativo a petición de parte, se realiza por los particulares titulares de un derecho o interés en relación con la actividad contractual de la Administración.

El administrado que concurre a la selección, adquiere una situación jurídica como concurrente y potencial adjudicatario, por lo que tiene el derecho de participar en todo el proceso para evitar errores y desviaciones.

Un adecuado régimen de publicidad del trámite es lo que permite un control efectivo por parte de los oferentes.

El acto de adjudicación y los actos anteriores, preparatorios de la voluntad contractual, que lesionan derechos o intereses de los oferentes, pueden recurrirse.

El reclamo o recurso es la vía que tiene el particular concurrente a un proceso de selección, para dirigirse al órgano que deberá aprobarlo o que aprobó el acto o a uno de superior jerarquía, ante graves irregularidades en el proceso de selección o en la adjudicación.

Los recursos en sentido amplio, se fundamentan en los derechos de peticionar y de defensa garantizados por la Constitución Nacional (artículos 14 y 18).

En nuestra Provincia, los recursos administrativos están previstos en la Ley de Procedimientos para Trámites Administrativos Nro.7060.

2. El control externo que a su vez puede ser: Parlamentario, a cargo del Tribunal de Cuentas y Judicial.

- a) El control Parlamentario es el que ejecuta el Congreso. A su vez puede ser:

- Previo, a través de la "autorización para gastar" que contiene la Ley de Presupuesto.

La autorización para gastar que contiene la Ley de Presupuesto, no constituye una habilitación para gastar, pues esa facultad ha sido acordada al Poder Administrador por disposición constitucional. La Ley de Presupuesto sólo fija límites en monto y en concepto, a las atribuciones propias del Poder Ejecutivo.

La autorización para gastar juega de distinta manera según se trate de contratos que originan gastos o de aquellos que originan recursos. Los primeros tienen una limitación, en forma general, en cuanto al concepto y un monto máximo hasta el cual se puede gastar en cada concepto. En cambio los recursos que pueden originar los segundos, no tienen limitación en el Presupuesto sino sólo una estimación.

Por otro lado cabe aclarar que, si bien la autorización para celebrar contratos que originan gastos, está atribuida constitucionalmente al Poder Ejecutivo, la autorización para celebrar contratos que originan ingresos (caso de venta de tierras fiscales) y contratos mixtos (empréstitos), está atribuida por la Constitución al Congreso. Pero en estos casos, en la celebración interviene el Poder Ejecutivo, debido a su competencia constitucional para ejecutar las leyes.

- Concomitante, mediante pedido de informes.
- Posterior, que se traduce en la facultad para aprobar la Cuenta General del Ejercicio.

b) Control que realiza el Tribunal de Cuentas

- c) Control Judicial: es el tipo de control de la actividad administrativa que realizan órganos jurisdiccionales imparciales e independientes.

Siempre procede a instancia de parte, sea de la Administración o de los administrados, por vía de proceso administrativo (contencioso administrativo) o por vía de proceso civil (ante la Jurisdicción común).

En nuestra Provincia los recursos contencioso administrativos están reglados en el Código Procesal Administrativo sancionado por Ley Nro. 7061.

NOTAS DEL CAPITULO II

1. Dromi, José R., "La licitación pública", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975, p. 24.
2. Fiorini, Bartolomé y Mata, Ismael, "Licitación pública. Selección del contratista estatal", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, p. 15.
3. Jimenez Castro, Wilburg, "Administración pública para el desarrollo integral", Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 169.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTOS DE SELECCION DEL CONTRATISTA ESTATAL

Los procedimientos de selección

Todos los procedimientos de selección del contratista estatal, desde la licitación pública, pasando por la licitación privada, concurso de precios y contratación directa, ofrecen siempre como acto final, consecuencia de la selección, al acto de adjudicación. Sin elección no hay adjudicación. En la contratación directa, si hay selección previa, hay también adjudicación.

No obstante las distintas modalidades que pueden tener los procedimientos de selección, en todos, el fin exclusivo es la adjudicación.

Los elementos constantes o comunes de los distintos procedimientos de selección son:

- a) La Administración realiza estudios de factibilidad de la obra, servicio u objeto a contratar, la imputación previa conforme al crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones.
- b) La Administración efectúa el llamado para contratar o sea, demanda por distintos medios la concurrencia de oferentes. La demanda debe determinar en forma objetiva y clara, el objeto que se pretende contratar, con indicación precisa del lugar, día y hora de apertura.
- c) Los interesados presentan ofertas para contratar. Hay una concurrencia de oferentes.
- d) La Administración efectúa el acto de apertura de los sobres, acto en el cual se realiza el conocimiento público de las ofertas por parte del Estado y los demás oferentes presentes.
- e) Estudio y comparación de las ofertas presentadas, para la determinación de la oferta más conveniente. Generalmente este estudio lo realiza una comisión especial.
- f) Aprobación del procedimiento de selección y adjudicación.
- g) Contrato.

La selección tiene su fundamento en la necesidad de administrar con eficiencia los fondos públicos y de asegurar la ética administrativa. Por ello, la actividad contractual siempre debe ser meritatoria.

Todos los regímenes de selección tienen por finalidad exclusiva la adjudicación a la oferta más conveniente. Las diferencias que presentan los distintos regímenes, son sólo de carácter procesal, como lo veremos seguidamente.

Subasta

En este régimen, la adjudicación se hace en público, ante una concurrencia indiscriminada, previa publicidad del llamado, con base o sin ella, generalmente sin condiciones y en favor del precio más alto.

Se aplica actualmente para la venta de bienes como rezagos o

productos naturales, bienes en desuso, etc.

Licitación pública

Se caracteriza por la rigidez de su procedimiento y por la importancia que adquiere la publicidad a fin de obtener el mayor número de competidores. Sin embargo el cumplimiento de este objetivo a veces se ve desplazado por una excesiva preocupación puesta en sancionar el incumplimiento de formalidades insignificantes.

Su procedimiento es reglado y excluye casi totalmente la discrecionalidad, no por un criterio formalista sino por la necesidad de asegurar el trato igualitario de los oferentes.

La publicidad amplia no impide la invitación a empresas del ramo, la cual está generalmente prevista en las normas sobre contrataciones y no provoca ninguna desigualdad.

La Constitución de esta Provincia ha consagrado el principio de la licitación pública para los contratos administrativos, al establecer en su artículo 44 que "toda enajenación de los bienes del fisco o del municipio, compras y demás contratos susceptibles de licitación se harán en esta forma y de un modo público, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades emergentes".

Concurso público de proyectos

Sus normas son iguales a las de la licitación pública, salvo diferencias que hacen al objeto del requerimiento.

Generalmente se establecen premios en favor del mejor proyecto o se reconoce un derecho de preferencia para la dirección de la obra.

Licitación privada

Rige para contrataciones de menor valor, para casos de urgencia y ante el fracaso de una licitación pública.

En la licitación pública tiene lugar un llamado indiscriminado mientras que en la privada se invita personalmente a un número mínimo de posibles oferentes que fija la ley (pueden ser inscriptos o no según lo que establezca la norma vigente).

Puede efectuarse llamado público aunque no lo exija la ley. Si la publicación está dispuesta en la ley o en las bases de la licitación, su omisión provocará la anulación de la adjudicación.

Cuando este régimen sigue a una licitación pública fracasada, debe invitarse, en forma especial a los que hubieran concurrido a aquella y además rigen los pliegos que regularon a aquella.

Las reglas de procedimiento son similares a las que rigen para la licitación pública. El dato específico ya se indicó: invitación a un número mínimo de oferentes en lugar de llamado

indiscriminado.

Concurso de precios

Se asemeja a la licitación privada, con las variaciones que imponen las normas legales.

Se distingue por las siguientes notas:

No se hace publicidad del llamado, se invita a un número menor de oferentes, por un plazo menor también que en la licitación privada, hay pautas más automáticas para la adjudicación.

Suele emplearse para contratos de monto menor, cuando fracasan licitaciones privadas o por razones fundadas de urgencia o cuando existen pocas firmas del ramo.

Debe ser una regla que cada uno de los regímenes de selección se aplique subsidiariamente ante el fracaso de un régimen anterior y mientras no concurren razones que hagan procedente la contratación directa.

Compra directa y libre elección

Algunos Reglamentos de Contrataciones como el de esta Provincia, establecen la compra directa o cotejo de precios para compras de menor monto que en el concurso de precios, con obligación de invitar a un mínimo de oferentes. Este sistema no tiene otras formalidades.

Y para compras que no superan un cierto monto, se permite la libre elección.

Contratación directa

Excepción al régimen de selección

El sistema de selección del contratista estatal tiene excepciones que se establecen con carácter taxativo y de interpretación restrictiva por el legislador.

Los distintos casos en que puede contratarse directamente son entre otros:

- Contratación con Organismos públicos;
- razones de urgencia;
- cuestiones secretas o reservadas;
- fracaso de un régimen de selección (algunas leyes imponen previamente la repetición del proceso de selección);
- adquisición de obras científicas o artísticas especializadas;
- adquisición de bienes de posesión exclusiva, cuando no hubiera sustitutos convenientes;
- escasez notoria de bienes;
- contrataciones en el extranjero, cuando fuere imposible emplear un régimen de selección;
- venta de productos perecederos o destinados al fomento económico
- compra de semovientes;
- reparaciones de vehículos o motores;

- publicación de actos oficiales.

La exclusión de la selección debe ser dispuesta en acto administrativo fundado. Pero no basta la mera invocación del fundamento; se requiere la demostración de que existe la causal de excepción.

Así por ejemplo, respecto al requisito de la urgencia, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido reiteradamente que "ella debe ser plenamente acreditada mediante estudios técnicos objetivos previos y serios que la califiquen como cierta, pues esto jamás podrá quedar librado al criterio subjetivo del funcionario; lo contrario generalizaría un régimen de excepción de aplicación restrictiva"(1).

Podemos concluir que el principio general para la actividad contractual es la selección del contratista; su exclusión debe ser fundada y probada. La contratación directa tiene carácter de excepción y cumple funciones supletorias.

LOS PLIEGOS EN EL PROCESO DE SELECCION

Se involucra bajo la denominación de "pliegos de condiciones", a distintos instrumentos escritos que contienen normas jurídicas, dibujos, planos, especificaciones técnicas, etc. y que cumplen distintas funciones jurídicas.

El llamado "pliego de bases de la licitación" establece las condiciones que regularán el desenvolvimiento de un procedimiento de selección determinado y fija las pautas que regularán la concurrencia. En general contiene las siguientes referencias:

- autoridad que llama;
- sistema de cotización ;
- objeto de la contratación;
- lugar, día y hora de apertura;
- modo de presentación de la oferta;
- plazo de mantenimiento de la oferta;
- monto y forma de la garantía, etc.

Este pliego, después del acto de adjudicación no cumple ninguna función; no correspondería entonces incorporarlo a los documentos del contrato.

Los demás pliegos que regulan la selección estatal y se denominan pliego de condiciones generales, de condiciones particulares, de especificaciones técnicas, tienen un contenido distinto al de bases pues se refieren al objeto de la contratación.

El pliego de condiciones generales tiene un contenido reglamentario sobre la ejecución y extinción de los contratos administrativos. Proviene del Poder Ejecutivo y reiteran los preceptos del Reglamento de Contrataciones (artículo 28 de la Ley de Contabilidad).

El pliego de condiciones particulares contiene las reglas complementarias del pliego general exigidas por las características especiales de la prestación que se demanda. Contiene normas sobre plazos, formas de pago y financiación,

medición, condiciones de recepción, garantías de calidad, etc. Son fijados por el órgano que tiene competencia para autorizar el llamado y no pueden ser derogatorios de los generales.

Sólo el Poder Ejecutivo, ante circunstancias especiales de un llamado, puede modificar las condiciones generales en uso de su potestad reglamentaria.

Si bien generalmente las cláusulas de los pliegos regulan exhaustivamente las características del objeto que se quiere contratar y las condiciones del contrato, a veces contienen cláusulas que dejan al oferente en libertad de ofrecer lo que crea más conveniente y permiten la negociación de ciertos aspectos del contrato. La doctrina suele llamar a los primeros pliegos analíticos y a los segundos sintéticos.

A veces los pliegos permiten al oferente, además de ofrecer la prestación establecida, la posibilidad de presentar variaciones. Pero si las variaciones que se presentan no están previstas en los pliegos, no pueden considerarse dentro del llamado; si representaran un importante beneficio para la Administración, se deberá formular un nuevo llamado. Según Fiorini "es ilegal el procedimiento de selección que termina con un convenio directo con el oferente que presentó la variación, puesto que se celebra un contrato distinto al fijado en las bases del llamado".

Los pliegos son imprescindibles en todos los regímenes de selección del contratista estatal, porque el acto de adjudicación se fundamenta sobre ellos y constituyen la ley del contrato administrativo que se celebrará, según jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Por ello, las previsiones de los pliegos no pueden ser alteradas durante el proceso de selección ni durante la ejecución del contrato.

La existencia de los pliegos en los contratos administrativos, origina importantes diferencias con la contratación privada, ya que, a través de los mismos, la Administración demanda ofertas, fijando unilateralmente las condiciones del futuro contrato. La preeminencia de las normas establecidas en forma unilateral y excluyente por el Estado, da lugar a las siguientes consecuencias con respecto a los pliegos:

- a) El contenido de los pliegos debe ser claro e inopinable. La oscuridad de sus cláusulas no puede perjudicar al oferente, no obstante la disposición que contienen muchos, que establecen que la presentación de la oferta significa que el oferente conoce, entiende y acepta todas las reglas de los mismos. Esta pretensión solo puede tener valor cuando se trata de pliegos claros e inequívocos.
- b) Los oferentes tienen el derecho de denunciar las cláusulas oscuras, equívocas, contradictorias o ilegítimas mediante el pedido de aclaraciones o la interposición de recursos.
- c) La demanda formulada por la Administración tiene que permanecer inmutable, es decir que los pliegos no pueden modificarse. De lo contrario se violaría el principio del correcto tratamiento y del trato igualitario. Si fuera necesario modificar las condiciones del llamado, deberá dejarse sin efecto el proceso en curso e iniciar otro conforme a las nuevas bases.

No hay inconvenientes con las propuestas con variantes, pues

si tal posibilidad fue prevista en el pliego, pudo ser conocida por todos.

- d) El objeto de la prestación debe estar determinado en forma clara, precisa e inequívoca. Sólo excepcionalmente se permite la indicación de marca como pauta significativa, pero nunca con carácter de excluyente.

Concentración y división de los pedidos de contratación

La concentración de las demandas y la división de las ofertas son reglas de una buena política de selección, tendiente a obtener una mejor y más amplia concurrencia.

Deben concentrarse en un proceso de selección las prestaciones afines o de un mismo rubro.

Por otro lado, la divisibilidad de las ofertas permite que éstas puedan presentarse parcializadas de acuerdo con las unidades de división fijadas en los pliegos. La división debe estar contemplada en los pliegos para no vulnerar el principio del trato igualitario.

Cláusulas de preferencia

Las cláusulas de preferencia establecen prioridades en beneficio de determinadas entidades o personas por razones de nacionalidad, residencia, etc. También pueden favorecer a productos nacionales o regionales.

Deben ser creadas por el Poder Legislativo que es el único que tiene la atribución de crear privilegios por razones de fomento (artículo 67, inciso 16 de la Constitución Nacional).

Además deben ser expresas y provenir de los pliegos de condiciones generales sancionadas por el Poder Ejecutivo.

Las cláusulas de preferencia, violan o no el principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional?

Para Joaquín V. González, "según ... el espíritu de la Constitución, la igualdad de todas las personas ante la ley, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias"(2).

Y según jurisprudencia de la Suprema Corte, "la garantía constitucional de la igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas"(3).

EL LLAMADO O DEMANDA DE OFERTAS PARA CONTRATAR

En la contratación estatal, se actúa de manera distinta que en los contratos privados.

El estado demanda ofertas para contratar y el oferente por su parte, manifiesta su voluntad para contratar. El contrato se perfecciona después de la aprobación del proceso de selección.

La propuesta de contratar es la que origina situaciones jurídicas que no se dan en la actividad privada.

En la actividad contractual del Estado, dada la existencia de órganos, controles y responsabilidades administrativas, se advierte el cumplimiento de etapas procesales sucesivas y separadas. El oferente ofrece la celebración de un contrato y no la ejecución inmediata de la prestación. Siempre se destaca el proceso de la contratación y no la ejecución inmediata de su objeto.

La publicidad es el medio de que se sirve el Estado para dar a conocer el llamado o demanda y asegurar la concurrencia. La omisión de una formalidad en los avisos puede causar la nulidad del procedimiento seguido para seleccionar.

La publicidad

Es el instrumento técnico que emplea la Administración para promover la concurrencia. Se refiere a todos los medios de difusión del llamado, no sólo la publicación de avisos en los diarios o boletines oficiales, sino también la difusión por radio, televisión, carteles, volantes e invitaciones personales.

La publicidad debe reunir los siguientes requisitos:

- redacción clara de los avisos;
- debe realizarse con suficiente anticipación a la fecha de apertura y por el término previsto en los pliegos;
- constancia fehaciente en las actuaciones, de haberse cumplido las normas sobre publicidad.

La infracción a las pautas mencionadas, puede provocar la nulidad o anulabilidad del acto.

Con respecto a los medios de publicidad, las exigencias varían según las distintas legislaciones. Algunos, además de la publicación en los boletines oficiales, imponen las publicaciones en diarios del lugar o de la Capital Federal; otras agregan las invitaciones a firmas del ramo.

Con respecto a los plazos de publicación de los avisos, la ley los fija generalmente. También puede delegarlo en el Poder Administrador. En algunas Provincias como en la nuestra, se permite al Poder Ejecutivo acortar los plazos por razones de urgencia (artículo 30 de la Ley de Contabilidad).

En cuanto al contenido de los avisos, deben indicar necesariamente:

- Órgano que hace el llamado;
- objeto del llamado;
- oficina donde pueden retirarse los pliegos;
- oficina donde deben entregarse las ofertas;
- lugar, día y hora de apertura de los sobres.

LA CONCURRENCIA

Limitaciones a la libre concurrencia

En el siglo pasado y principios del presente, el liberalismo económico propugnaba la concurrencia indiscriminada. En las contrataciones sólo interesaba el precio, pasando a un segundo plano la idoneidad del oferente y la calidad de los bienes.

La legislación actual ha creado limitaciones a la concurrencia en defensa del interés público y de los recursos fiscales.

El interés público justifica que se excluya a ciertos oferentes sin que por ello se vulnere el principio de la igualdad. Pero para que estas restricciones sean legítimas, deben ser generales, disponerse antes del llamado y provenir del legislador pues la reglamentación de las libertades individuales pertenece a su zona de reserva (artículo 14 de la Constitución Nacional).

Las restricciones a la concurrencia pueden referirse a los sujetos o al objeto de la demanda y pueden ponerse de manifiesto a través de prohibiciones o de tratamiento preferencial.

a) Restricciones referentes a los sujetos

Las restricciones sobre la persona de los oferentes se controlan y hacen efectivos por medio de los Registros de contratistas del Estado. Suele admitirse sin embargo la concurrencia de oferentes no inscriptos, los cuales deben cumplir con el requisito de inscripción mientras se tramita el proceso de selección.

Las prohibiciones para la concurrencia pueden ser de orden penal, económico, disciplinario y ético.

- Por razones penales, contra los procesados y condenados por la justicia criminal.
- Por razones económicas, contra los quebrados, concursados e interdictos.
- Por razones de índole administrativo se excluye a los culpables por rescisión de contratos administrativos, a los que hayan desistido más de dos veces de ofertas, con pérdida de garantía, etc. También a los deudores del fisco.
- Las prohibiciones de índole ética, impiden la concurrencia de los funcionarios públicos, agentes del Estado, familiares de los mismos, aplicándose no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas si alcanzan a alguno de sus socios. Sobre este punto no hay uniformidad en las distintas legislaciones.

La existencia de los Registros significa una restricción a la concurrencia, pues para tener acceso a ella, es necesario estar inscripto en el Registro respectivo, luego de haber cumplido con los requisitos de inscripción.

Tanto en la Nación como en las Provincias, existe un Registro de Proveedores Único centralizado y un Registro de Constructores de Obras Públicas.

Es importante mantener centralizada la información relativa

a proveedores y contratistas del Estado, pues mediante el control de las condiciones personales de los contratistas habituales (capacidad, solvencia y comportamiento en sus relaciones con la Administración) se asegura de alguna manera el cumplimiento de los contratos celebrados.

b) Restricciones o preferencias referentes al objeto

La limitación de la concurrencia puede tener como fundamento la protección de la industria o de la producción nacional. Para el logro de esa finalidad, el Estado puede emplear distintas técnicas:

- adquirir exclusivamente bienes de producción nacional;
- contratar sólo con empresas locales;
- conferir monopolios en sus adquisiciones;
- establecer preferencias en favor de empresas o productos nacionales.

En los tres primeros casos, se trata de limitaciones a la concurrencia. En el último, sólo se establece un trato preferencial que no impide la concurrencia de quienes no encuadran en las hipótesis de preferencia.

LAS OFERTAS PARA CONTRATAR

Las ofertas deben ser presentadas con algunas formalidades que son similares en las distintas legislaciones.

Generalmente se requiere la formulación por escrito, por duplicado, firmada en todas sus páginas, debiendo presentarse en sobre cerrado con indicación expresa del llamado a que se refiere.

Entre los recaudos más comunes que se solicitan para la presentación de ofertas se encuentran:

- el sellado de ley;
- el recibo de compra de los pliegos;
- el certificado de inscripción en el Registro de Proveedores;
- la garantía de mantenimiento de la oferta equivalente a un porcentaje del presupuesto estimado por la Administración, etc

Obligaciones para los proponentes

Casi todas las legislaciones exigen la constitución de domicilio en el lugar donde reside el Organismo que hace el llamado, la manifestación expresa que se renuncia litigar en el fuero federal y que ha comprendido y aceptado todas las condiciones que se establecen en los pliegos.

Esta última declaración que se impone al oferente no impide la aparición de conflictos interpretativos, ya que siempre existe la posibilidad de error o contradicción provenientes de la redacción de los pliegos. El Estado puede equivocarse y por ello dicha exigencia puede resultar arbitraria. La Administración no puede obligar al oferente a que renuncie anticipadamente a discutir la

buena fe en la interpretación de las cláusulas dictadas por ella.

Plazos

Las ofertas deben presentarse antes del acto de apertura. Algunas leyes aceptan ofertas recibidas con posterioridad, ante demora imputable al correo. Salvo esta excepción, es regla que no se acepte ninguna propuesta después de abierto el primer sobre.

Resulta más eficaz la recepción de ofertas hasta la hora fijada para la apertura, para evitar demoras injustificadas en dar comienzo al acto y permitir la llegada de algún oferente retrasado y tratado con parcialidad.

Luego del acto de apertura las ofertas no pueden ser retractadas, estando obligado el oferente a mantenerlas por el plazo fijado por el pliego. El desistimiento dentro de este plazo, provoca la pérdida de la garantía de oferta.

Si la adjudicación no se efectuare dentro de ese plazo, se solicita prórroga a los oferentes o se establece prórroga automática para los que no se retiren expresamente al vencer el plazo.

Requisitos de las ofertas

Las ofertas deben ser claras, precisas e indubitables, debiendo ajustarse a los pliegos. La cotización que difiera de la establecida en los pliegos, se aparta de las reglas de la selección y puede provocar el rechazo de la oferta.

El precio que se cotee debe corresponder exclusivamente a la prestación requerida en los pliegos y no debe contemplar ningún accesorio salvo que en las bases se solicite su cotización.

Debe estar expresado en letras y números.

Las raspaduras y enmiendas deben salvarse.

Si se permite la cotización en moneda extranjera, ésta tendrá el valor de cambio correspondiente al día de la apertura.

El precio debe mantenerse inalterado durante el plazo de mantenimiento de la oferta.

Tal invariabilidad del precio que es un principio absoluto, sólo admite excepciones cuando se modifica la economía del contrato (teoría de la imprevisión, modificaciones al objeto impuestas por la Administración, etc.) conforme a lo previsto en el artículo 1198 del Código Civil.

Las ofertas deben contener también el plazo de cumplimiento de la prestación, modalidades de la entrega, origen del producto, especificaciones del objeto, presentación de muestras, etc.

Alternativas, variaciones y mejoras

Puede afirmarse como principio que las ofertas deben siempre ajustarse a lo solicitado en la demanda.

Los oferentes pueden efectuar ofertas alternativas si están previstas en los pliegos.

No debe confundirse con las ofertas con variaciones. En el primer caso, el oferente puede elegir una de las demandas que formula la Administración, tiene derecho a optar por uno de los pedidos que se le hacen (artículo 637 del Código Civil)

La propuesta con variaciones siempre contiene el ofrecimiento del objeto principal que se demanda, con el agregado de ofrecimientos no previstos pero que están subordinados al pedido principal.

En estos dos casos, se mantiene el procedimiento de selección.

Puede ocurrir también que el ofrecimiento se aparte de las bases del llamado. Si esta oferta representa una mejora, la Administración puede efectuar un nuevo llamado ante los beneficios que representa la mejora ofrecida.

Relación jurídica igualitaria y situación del oferente

Con la presentación de ofertas, nace una relación jurídica entre la Administración y los oferentes que es igual para todos los participantes; no pueden existir preferencias ni discriminaciones.

La Administración está obligada a brindar a los oferentes un trato igualitario que se traduce en los siguientes derechos para el proponente:

- que se considere su oferta;
- que se respeten los plazos fijados para el desarrollo del proceso de selección;
- que se le informen las aclaraciones dispuestas por la autoridad que hizo el llamado;
- que se respeten las normas que rigen el proceso de selección;
- que no se modifiquen las condiciones establecidas en los pliegos
- que se respete el secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres;
- que se le permita el acceso a las actuaciones administrativas;
- que pueda tomar conocimiento de las otras ofertas luego del acto de apertura;
- que se le permitan subsanar las deficiencias formales que contiene su oferta;
- que se lo invite a participar en la selección que se promueva si fracasa aquella a la que hubiera concurrido.

ACTO DE APERTURA

Conocimiento público de las ofertas

El conocimiento para la Administración y para los concurrentes, de las ofertas que se presentaron, tiene lugar en la etapa procesal denominada "apertura de los sobres".

El incumplimiento de cualquiera de las formalidades fijadas para el acto, puede acarrear la nulidad del acto. Por ello debe

ser cumplido con la mayor rigurosidad.

Fecha de apertura: El acto de público conocimiento de las ofertas tiene una importancia sustancial dentro del proceso de selección. Por ello debe fijarse en forma precisa el lugar, día y hora de apertura. Toda modificación debe ser comunicada y difundida por los mismos medios por los que se hizo el llamado.

Las leyes suelen prever que ante razones de fuerza mayor que impidan el cumplimiento del acto el día fijado, se realice el día hábil siguiente a la misma hora.

Ejecución del acto: El acto de conocimiento público de las ofertas consiste en la apertura de los sobres y la lectura en voz alta de cada oferta, con la presencia de las autoridades de la Repartición que hizo el llamado, de los oferentes, y de un representante de los órganos de control. Con respecto a este punto, hay diferencias en las distintas legislaciones.

Suscripción del acta: Las leyes establecen el levantamiento de un acta que refleje lo acontecido durante el acto de apertura. En ella deben asentarse todas las observaciones formuladas por los oferentes ante la posibilidad de impugnaciones posteriores. No obstante, todas las deficiencias o irregularidades que puedan tener consecuencias sobre la adjudicación y que violen el principio de igualdad, permiten impugnaciones posteriores aunque no figuren en el acta.

El acta debe detallar por orden de apertura las propuestas presentadas y las cotizaciones en letras y números.

ESTUDIO DE LAS OFERTAS

El conocimiento de las ofertas da comienzo a una nueva etapa del proceso de selección. En esta etapa se manifiesta exclusivamente la actividad de la Administración, la cual analiza, estudia y compara las ofertas presentadas, para elegir la oferta más conveniente, la que mejor responde a su demanda.

La selección termina con el acto de adjudicación pero este acto no perfecciona todavía ningún contrato. La adjudicación no equivale a la celebración del contrato.

El proceso de selección tiende a que la Administración elija la oferta más conveniente teniendo en cuenta los intereses fiscales y los de la comunidad. La selección surge de la necesidad de requerir la colaboración de terceros ajenos a la Administración a quienes se debe asegurar un trato igualitario y un correcto comportamiento. El respeto a esos principios origina la necesidad de crear órganos asesores que cumplan su función con idoneidad, responsabilidad e imparcialidad.

Estos órganos, que se integran con técnicos sobre la materia que se demanda, son llamadas "comisiones de compra" o "comisiones de preadjudicación. A veces tienen carácter permanente y en otros casos se crean para atender una determinada selección.

Si bien no hay sobre este tema una legislación uniforme, los distintos regímenes coinciden en reconocerle a las comisiones una competencia técnica que se pone de manifiesto a través de dictámenes o recomendaciones.

El valor jurídico de estos dictámenes plantea una delicada cuestión que no ha sido esclarecida en nuestra legislación ni en la doctrina.

Para Fiorini y Mata, conforme a la actual doctrina italiana, las comisiones asesoras adquieren plena responsabilidad por los dictámenes, ya que producen efectos jurídicos. Al delegar los órganos de decisión en las comisiones asesoras las atribuciones de contenido técnico, los dictámenes adquieren el carácter de vinculantes y no pueden ser sustituidos por el órgano delegante.

"Cuando falta la norma expresa que autoriza a sustituir el dictamen de las comisiones, el órgano contratante tiene la facultad de abstenerse de celebrar el contrato pero carece de atribuciones para alterar el dictamen de los órganos específicamente técnicos, y en aquellos casos excepcionales en que se le permite hacerlo, debe justificar fehacientemente las razones que le asisten para apartarse del pronunciamiento"(4).

En cambio para Dromi "... el órgano de decisión puede apartarse del dictamen ... y resolver algo distinto de lo aconsejado" por el órgano consultivo(5).

En nuestra Provincia, el Reglamento de Contrataciones sigue este último criterio, al disponer en su artículo 67 que "el Poder Ejecutivo o funcionario autorizado para adjudicar, está facultado a aceptar la oferta que a su juicio resulte más conveniente a los intereses del Estado ...". No obstante, entendemos que si la adjudicación se aparta del dictamen de la comisión, deben justificarse las razones.

Las comisiones asesoras tienen amplias facultades para cumplir su cometido, pudiendo requerir informes, aclaraciones y explicaciones mientras no se vulnere el principio del tratamiento igualitario.

Admisibilidad de las ofertas

Si bien algunas normas excluyen o rechazan en forma absoluta la oferta deficiente, la mayoría permite, dentro de un breve plazo, la subsanación de las omisiones o defectos que no se refieran a la esencia de la oferta.

Las infracciones que suelen provocar la inadmisibilidad de la oferta son: falta de firma, falta de presentación de la garantía, enmiendas en partes sustanciales no salvadas, etc.

La oferta más conveniente y el precio más bajo

La antigua doctrina sostenía que la adjudicación debía favorecer a quien ofreciera el precio más bajo.

Actualmente la mayoría de las legislaciones coinciden en establecer que la adjudicación recaerá en la oferta más conveniente

o más ventajosa.

Una oferta es más ventajosa cuando cuesta menos en relación a la utilidad y los beneficios que ofrece.

La elección de la oferta más conveniente, cuando no es la de menor precio, requiere:

- la comparación objetiva de los elementos que contienen las ofertas;
- la compensación del valor económico, por otros vinculados a la eficacia de la prestación;
- la demostración de que la ventaja de la oferta tiene relación directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir.

Criterios para elegir la oferta más conveniente

Como hemos señalado, la adjudicación debe recaer en la oferta más conveniente para la Administración. Si ésta tiene, por cometido el cumplimiento de fines públicos y del interés general, el juicio de conveniencia se vincula con el interés general. Por lo tanto está sujeto a las transformaciones que sufren las necesidades y apetencias de la comunidad.

Uno de los posibles criterios de selección es el del precio más bajo. Pero aún adoptado como factor decisivo de adjudicación, puede perder vigencia ante una causal de preferencia dispuesta por la ley, en favor por ejemplo de productos nacionales aunque se coticen a precios más altos.

Por otro lado, el juicio de conveniencia puede variar según las características del objeto que el Estado desea contratar y el precio puede pasar a un segundo plano sin que signifique su exclusión total.

Pueden destacarse los siguientes criterios de adjudicación:

- Idoneidad técnica e intelectual del contratista: Cuando se trata de adjudicar trabajos de contenido intelectual o profesional, se elige al oferente mejor calificado por sus antecedentes técnicos e intelectuales y metodología que proponen para desenvolver la tarea, siendo el precio un factor de gravitación accesoria.
- Cualidades del objeto del contrato: La elección de la oferta más conveniente, presupone que las distintas ofertas presentadas son comparables entre sí. En este sentido, los pliegos de condiciones juegan un papel decisivo, debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variantes o elementos indeterminados.

Las características fundamentales del objeto que se desea contratar, no pueden suscitar dudas. "La posibilidad de que los oferentes presenten alternativas o variantes, nunca puede estar destinada a sustituir la previa labor que el Estado debe cumplir para decidir cual es la solución más conveniente" (6).

Para la adjudicación pueden tenerse en cuenta preferentemente las cualidades técnicas que reúne la cosa ofrecida, que pueden consistir en la calidad de los materiales o mercaderías, o en el grado de aptitud para cumplir una determinada finalidad técnica.

Los pliegos deben fijar una calidad mínima o resultará imposible comparar válidamente las ofertas entre sí.

- la solución financiera: Puede ser otro criterio de conveniencia cuando al Estado le interesa prioritariamente una solución financiera que contemple una adecuada distribución en el tiempo, de las cargas financieras derivadas del contrato.

Mejora de precios

Se aplica cuando dos o más ofertas tienen el mismo grado de conveniencia o precios idénticos.

No se trata de un procedimiento de selección sino de un recurso que se emplea para romper la situación de igualdad entre las ofertas y se aplica en cualquiera de los procedimientos de selección (licitación, concurso, cotejo de precios, etc.).

En caso de empate, la Administración solicita a los oferentes que están en esa situación, que mejoren sus ofertas. El procedimiento puede consistir en una puja oral y pública o en la presentación de nuevos sobres.

Algunas leyes establecen directamente el sorteo y otras lo fijan para el caso de fracaso del acto de mejora.

Vista de la calificación de las ofertas

El dictamen de la comisión contiene la exclusión de las ofertas que no se ajustaron a los pliegos y el estudio y calificación de las ofertas admitidas.

Dado el carácter público que debe tener todo el proceso de selección, todos los oferentes tienen derecho a conocer el dictamen. Sin embargo la Administración retacea este derecho con argucias inconsistentes.

Los plazos para la vista deben ser breves dada la vigencia del plazo de mantenimiento de las ofertas.

Algunas leyes dicen que "podrá darse vista" cuando lo correcto sería "deberá darse vista" pues es una carga impuesta a la Administración que ha llamado a los particulares pidiéndoles la colaboración, que se fundamenta en el principio del correcto tratamiento. Y otras, como el Reglamento de Contrataciones de esta Provincia, no establecen la vista o anuncio de la preadjudicación.

Licitación desierta, fracasada y anulada

Un procedimiento de selección resultará desierto cuando no se presenta ningún oferente al llamado. En este caso corresponde efectuar un nuevo llamado con modificación de las bases o si existieran razones de urgencia, aplicar otro régimen de selección o contratar directamente.

En el procedimiento fracasado hay oferentes, pero las ofertas son inadmisibles por no ajustarse a los pliegos o son

inconvenientes. Corresponderá realizar un nuevo llamado por el mismo régimen.

Puede ocurrir que se presenten ofertas que se apartan del pliego pero ofrezcan variantes más beneficiosas. En este caso la Administración puede declarar la caducidad del procedimiento y promover un nuevo llamado con distintos pliegos.

EL ACTO DE ADJUDICACION Y EL ADJUDICATARIO

La adjudicación es el acto administrativo unilateral que elige a la oferta que mejor responde a la demanda formulada por la Administración. La adjudicación no constituye la celebración del contrato.

Aunque el acto de adjudicación contiene una aprobación, este es un acto de control y no crea un vínculo contractual.

La adjudicación es una etapa previa y necesaria para contratar pero no constituye el contrato mismo. La adjudicación habilita al Organismo competente de la Administración para celebrar el contrato con el oferente que presentó la oferta más conveniente.

El adjudicatario de la oferta elegida no es parte de un contrato pero adquiere una situación jurídica que presenta los siguientes caracteres:

- tiene derecho a que la Administración contrate exclusivamente con él;
- tiene derecho a que se mantengan inalterados los pliegos de condiciones;
- tiene obligación de mantener su propuesta hasta el vencimiento del plazo establecido en el llamado;
- tiene derecho a que se le comuniquen las razones por las cuales el contrato no se perfecciona, en su caso;
- tiene la obligación de concurrir a celebrar el contrato cuando sea notificado;
- tiene derecho a que, si el contrato no se perfecciona, se lo invite en forma particular al nuevo llamado.

El adjudicatario tiene derechos y obligaciones específicas pero no puede considerárselo todavía parte de un contrato. Este carácter lo adquiere recién cuando la Administración expresa su voluntad de contratar.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Cuando la Administración expide la aceptación, nace para el adjudicatario una nueva situación jurídica y se transforma en parte de un contrato. Rige el principio contenido en el artículo 1154 del Código Civil que establece: "la aceptación hace solo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente".

Todas las relaciones que se establecen a partir de la aceptación, corresponden al régimen contractual y no al proceso de selección. El procedimiento de selección ha terminado y todo su contenido sirve de sustento a las relaciones del contrato aunque éste no se formalice como instrumento(?).

No hay discusión sobre el contenido de los contratos provenientes de un proceso de selección, los cuales se integran con los pliegos de condiciones, la oferta, las aclaraciones y la aprobación de la adjudicación.

Las previsiones del contrato no pueden alterar o derogar las normas contenidas en los pliegos y en los documentos que rigieron el llamado.

NOTAS DEL CAPITULO III

1. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, t. 89, p. 106; t. 97, p. 395, citado por Fiorini y Mata, ob. cit. nota 11, p. 68.
2. Gonzalez, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Buenos Aires, Angel Estrada y Cía. Editores, 1897, p. 119.
3. C.S.N., Fallos, t. 257, p. 127, citado por Fiorini y Mata, ob. cit., nota 1, p. 89.
4. Fiorini y Mata, ob. cit., p. 139.
5. Dromi, José R., ob. cit., p. 384.
6. Fiorini y Mata, ob.cit., p. 153.
7. "Jurisprudencia Argentina", año 1950-II, p. 278; año 1963-I, p. 471, citado por Fiorini y Mata, ob. cit., nota 20, p. 159.

CAPITULO IV

EL CONTROL DE LEGALIDAD Y LOS VICIOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El control de legalidad en los contratos administrativos

Como ya lo hemos señalado, en nuestra Provincia la Constitución ha encomendado a la Contaduría General el control preventivo de los actos que autoricen gastos, entre los cuales tienen una importancia fundamental los contratos administrativos.

Las normas vigentes sobre contrataciones, prevén expresamente la intervención de la Contaduría General en distintos momentos del proceso de selección a fin de cumplir con su función de control.

Además, corresponde a la Contaduría General el control interno de la gestión económico-financiera de la hacienda pública y la observación de los actos administrativos que se refieren a la misma, cuando violen disposiciones legales o reglamentarias. Para ello la Contaduría General interviene en aquellos actos contables como la autorización del llamado y el acto de adjudicación. Si éstos contrarían normas vigentes, la Contaduría debe observarlos y con ello sus efectos quedan suspendidos. El acto se ejecuta sólo si el Poder Ejecutivo insiste; si se allana a la observación, el acto pierde su eficacia.

En definitiva, corresponde a la Contaduría General efectuar el control, no sólo contable o presupuestario en los contratos administrativos, sino de legalidad que como hemos visto, comprende la legitimidad y el mérito, oportunidad o conveniencia.

Constituye un deber de la misma, realizar un efectivo y eficiente control de todos los actos que conforman el procedimiento de contratación y la ejecución del contrato y observar o señalar, según corresponda, los vicios que puedan afectarlos, para lo cual efectuaremos en este capítulo, un análisis detallado de los mismos.

Los vicios en la contratación administrativa

Los actos que conforman el procedimiento de contratación administrativa, se rigen por las normas y principios que integran el régimen jurídico de los actos administrativos.

Por lo tanto, a los vicios que puedan afectar al procedimiento administrativo de contratación, le son aplicables los principios generales sobre los vicios en materia de actos administrativos(1).

"Diez, por su parte, dice: para llegar a la formación de contrato, es necesario que se dicte una serie de actos administrativos que constituyen un verdadero procedimiento ... Estos actos preparatorios de la celebración del contrato, son verdaderos actos administrativos y como que el contrato no se ha celebrado, son perfectamente separables"; "los licitantes, por el solo hecho de haberse presentado a la licitación pública tienen un interés legítimo y en consecuencia pueden atacar los actos administrativos preparatorios por cualquiera de los vicios que estén afectados, sea en cuanto a la competencia, voluntad, forma u

objeto"(2).

Veremos ahora cuáles son los vicios que pueden afectar los actos del procedimiento de contratación administrativa.

Los vicios en la contratación administrativa pueden ser considerados desde distintos puntos de vista:

- a) En cuanto al momento del procedimiento, pueden ser precontractuales, o sea del procedimiento de contratación y adjudicación pero previos a la ejecución del contrato y contractuales, es decir en la ejecución del contrato.

Los vicios contractuales se diferencian de los precontractuales, pues los primeros afectan al contrato en sí, mientras que los segundos afectan al procedimiento de contratación o sea a los actos administrativos que lo integran. No obstante también éstos afectan al contrato y pueden provocar su nulidad.

- b) Por los efectos o consecuencias jurídicas, los vicios pueden provocar la inexistencia, nulidad o anulabilidad del acto o contrato.
- c) Según el elemento del acto que puede afectar, distinguimos vicios en la competencia, en el objeto, en la forma, en la voluntad, etc.

Si bien las normas positivas en materia de contrataciones administrativas no reglamentan un régimen de tipificación legal concreto de los vicios y sus consecuencias jurídicas, consideramos de utilidad referirnos en forma detallada a los mismos, con ejemplos prácticos, dada la importancia que tiene su conocimiento para un correcto desenvolvimiento de la función de control que le corresponde a la Contaduría General.

Nos ocuparemos principalmente de los vicios en la formación de la voluntad administrativa contractual o sea en el procedimiento de contratación, con referencia al derecho positivo y enunciando las consecuencias jurídicas.

En el análisis haremos referencia a las disposiciones de la Reglamentación de las Contrataciones de la Provincia, que rigen para los contratos por trabajos, suministros y ventas del Estado, con excepción de las regladas por la Ley de Obras Públicas. Pero cabe aclarar que en el caso concreto, habrá que atenerse a lo que establezcan las normas vigentes en relación al contrato de que se trate.

Vicios en el objeto

1. Vicios de legitimidad

El contenido del contrato debe ser lícito, determinado, cierto, ético y razonable. La falta de alguno de estos requisitos afecta la legitimidad del contrato y por lo tanto su validez, por vicio en su objeto.

a) Objeto ilícito

La ilicitud del objeto o sea su prohibición, debe resultar de norma positiva expresa, en virtud del principio de legalidad que consagra la Constitución Nacional en su

artículo 19.

Sería nulo por ejemplo el llamado a licitación para la compra o venta de estupefacientes.

b) Objeto indeterminado

También vicia al objeto su indeterminación y en consecuencia será nulo el acto por el que se convoca a oferentes para que coticen, por ejemplo, la provisión de medicamentos sin determinar cuáles y la cantidad.

c) Objeto incierto

El objeto impreciso, oscuro e imposible de hecho, vicia al acto de nulidad o inexistencia; por ejemplo un llamado a licitación para la construcción de una obra pública en otro planeta.

d) Objeto irrazonable o arbitrario

Uno de los supuestos es el objeto absurdo, cuando el contenido de la prestación es posible pero absurda.

Otros casos se verán al tratar los vicios en la adjudicación.

e) Objeto inmoral

La ausencia de ética del objeto vicia al acto por aplicación del artículo 953 del Código Civil.

Los vicios en el objeto que afectan la validez del acto administrativo, provocan la anulabilidad, nulidad o inexistencia según la gravedad del vicio.

2. Vicios de oportunidad, mérito o conveniencia

El contenido del contrato, además de legítimo debe ser oportuno, conveniente para el interés público.

Un contrato puede tener un objeto legítimo pero inoportuno. Así por ejemplo un llamado para contratar la provisión de bolígrafos de oro para el uso de los agentes de la Administración, en lugar de bolígrafos comunes. Por tratarse de un elemento suntuario, de elevadísimo costo e innecesario para el cumplimiento de los fines que se persiguen (adquisición de un elemento de escritura), tal objeto es inoportuno, inconveniente y cabe en este caso el control de oportunidad.

Vicios en los sujetos

1. Vicios en la competencia del órgano contratante

La incompetencia en razón de la materia, el grado, territorio o tiempo, salvo en el supuesto del grado si la delegación o sustitución estuvieran permitidas, vicia de nulidad el acto administrativo.

a) Incompetencia en la materia

Tiene lugar cuando las actividades que legítimamente puede realizar un órgano, son realizadas por otro.

Hay incompatibilidad en razón de materias administrativas

por ejemplo si el Ministerio de Hacienda, Economía y Obras Públicas llama a licitación para confeccionar padrones electorales en lugar de hacerlo el Ministerio de Gobierno, Justicia y Educación.

Hay incompatibilidad en razón de materia legislativa, cuando un órgano administrativo decide cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Legislativo. Por ejemplo un contrato para la compra de un inmueble que debe ser autorizado por ley, según lo establece el artículo 46 de la Constitución Provincial, no será válido si es realizado por el Poder Ejecutivo sin autorización legal.

En estos casos, la nulidad de los actos administrativos precontractuales y del contrato, es indiscutible.

b) Incompetencia en razón del grado

Los actos emitidos por órganos que no ocupan, dentro del ordenamiento jerárquico, el grado correspondiente para dictarlos, son nulos en principio.

Por ejemplo el acto dictado por un órgano inferior al competente, sin la debida delegación, es anulable por cuanto es susceptible de ratificación por el órgano superior.

El acto dictado por un órgano superior cuando una norma legal no permita la avocación, es nulo.

c) Incompetencia territorial y temporal

La incompetencia en razón del territorio se da por ejemplo, si el Poder Ejecutivo de la Provincia llama a licitación para realizar una obra pública en territorio de otra Provincia.

Y la incompetencia en razón del tiempo se da si una licitación es autorizada o adjudicada por un funcionario que ha dejado de serlo.

Los vicios en la competencia en razón del territorio y del tiempo provocan la nulidad o inexistencia de los actos.

2. Vicios en la capacidad del co-contratante

La incapacidad del proponente vicia a su oferta y si ésta es adjudicada, genera vicios en el acto de adjudicación y en el contrato que pueden ser impugnados por los afectados y provocar la nulidad del contrato.

a) Vicios en la inscripción

Si para ser contratista del Estado, el derecho positivo exige la inscripción en registros especiales, por ejemplo la inscripción en el Registro de Proveedores de la Provincia, los vicios en materia de inscripción no tienen trascendencia hasta el momento de la adjudicación.

Si se admite a un oferente no inscripto o con inscripción viciada y luego se adjudica a otro, el acto de adjudicación será legítimo, pues la oferta no ajustada a derecho fue desestimada en la etapa final del procedimiento; en cambio, si se adjudica a un oferente no inscripto o con inscripción viciada, el acto de adjudicación será nulo o anulable según la gravedad del vicio.

Vicios en la voluntad del Organismo licitante o de los oferentes

Los actos preparatorios de la voluntad administrativa contractual, pueden estar afectados por vicios en la voluntad: dolo, error, violencia, simulación, desviación de poder, arbitrariedad, etc. Lo mismo puede suceder con la voluntad del oferente o adjudicatario, que puede estar viciada por error, dolo, violencia, fraude o simulación.

Los actos precontractuales afectados por vicios en la voluntad y los contratos que en consecuencia se celebren, son nulos o anulables, según sea la gravedad del vicio. "En su virtud, los oferentes damnificados que no hayan provocado o contribuido a motivarlos, tendrán derecho subjetivo a que se les repare por los perjuicios ocasionados, ello sin excluir la responsabilidad de los funcionarios intervinientes(3).

Omisión del procedimiento de licitación pública

Licitación privada, concurso de precios o contratación directa indebidas

Quando la ley exige la licitación pública como procedimiento administrativo de contratación, no se puede prescindir de ella. La nulidad es la consecuencia jurídica de la contratación directa, concurso de precios o licitación privada realizada fuera de los supuestos previstos en la Ley de Contabilidad y Reglamento de Contrataciones del Estado.

La nulidad está prevista en la Constitución de la Provincia, cuando establece en su artículo 44, que los "contratos susceptibles de licitación se harán en esta forma y de modo público, bajo pena de nulidad ..."

Serán nulos también los contratos realizados en forma directa cuando la norma positiva exige la motivación y ésta se omite.

Veremos algunos supuestos.

a) Contratación directa por razones de urgencia.

La Ley de Contabilidad Nro. 5140 establece como causal de excepción de la licitación pública, en su artículo 26, inciso 3, apartado c), "cuando medien probadas razones de urgencia" y el artículo 110, inciso 3) de la Reglamentación de las Contrataciones del Estado establece que "las razones de verdadera urgencia, deberán fundarse fehacientemente por parte del organismo interesado y ratificarse por la Jurisdicción de la cual dependa".

La urgencia "... para ser probada, requiere estudios técnicos objetivos previos y serios que la califiquen como cierta"(4).

Por lo tanto, la urgencia no probada en las actuaciones y no fundamentada en el acto administrativo que autoriza o aprueba la contratación, vicia de nulidad el acto.

Además, la disposición mencionada del Reglamento de Contrataciones, establece que, "no obstante haber razones de urgencia, se utilizarán los sistemas de cotejo o concurso de precios previsto en el régimen, salvo que ello implique resentir seriamente el servicio".

Ello significa que deberá justificarse también el no uso de los sistemas de cotejo o concurso de precios, bajo pena de nulidad del acto.

b) Licitación fracasada por ofertas inadmisibles o inconvenientes y contratación directa por razones de urgencia.

En el caso de fracaso de una licitación por ofertas inadmisibles (no ajustadas a los pliegos) o inconvenientes (admisibles pero por ejemplo con precios que se consideran muy elevados), corresponde un nuevo llamado. El artículo 11 del Reglamento de Contrataciones dispone que, "sin perjuicio de los demás requisitos, en los casos de nuevo llamado, deberá invitarse a las firmas que hubieren concurrido al anterior".

Si un nuevo llamado no fuera posible por razones de urgencia y se considera conveniente alguna de las ofertas inadmisibles del primer llamado, por ejemplo una que cotizó con condición de pago anticipado, para la contratación directa deberán cumplimentarse los recaudos señalados en el punto anterior y además, deberá efectuarse un concurso o cotejo de precios entre los oferentes que se presentaron a la licitación fracasada. De lo contrario, se violaría el principio de la igualdad.

Si bien esto no está expresamente estipulado en la Reglamentación mencionada, la contratación directa celebrada con el mencionado oferente, sin el concurso de los demás proponentes de la licitación fracasada, todos en igualdad de condiciones (en el ejemplo señalado, con condición de pago anticipado), podría encubrir una desviación de poder (por ejemplo un fin personal) que viciaría de nulidad el acto.

c) Contratación directa por razones de exclusividad.

La contratación directa por razones de exclusividad que tiene por objeto, por ejemplo la locación de un bien, con cláusula que prevé la prórroga de la locación a opción de la Administración, no autoriza a prorrogarla si, cuando ésta deba operarse, ha desaparecido la causal de exclusividad.

La prórroga equivale a un nuevo contrato y éste será anulable si no se cumplimenta previamente lo dispuesto por el artículo 110, inciso 4) del Reglamento de Contrataciones, es decir si la exclusividad no fue avalada por la Dirección de Suministros en oportunidad de la prórroga; y nulo, si ha desaparecido la causal de exclusividad.

d) Fraccionamiento de contrataciones

Como en nuestra legislación el procedimiento de contratación aplicable está determinado por el monto de la contratación, puede considerarse que hay vicio de forma cuando, para evitar el procedimiento de la licitación pública se fraccionan las compras, efectuándose por ejemplo dos licitaciones privadas en lugar de una pública? O en el caso de reiteradas y sucesivas

compras menores de artículos del mismo rubro, por concurso o cotejo de precios en lugar de efectuar una o pocas compras de volúmenes mayores por el procedimiento de licitación pública, cuando no hay razones válidas que lo justifiquen?

Si puede demostrarse la irrazonabilidad de la decisión o la desviación de poder, los actos serán ilegítimos. De lo contrario, podríamos estar en presencia de actos legítimos pero inoportunos, inconvenientes para el interés público. Y como hemos dicho, la legalidad de los actos o contratos administrativos, exige que, además de legítimos sean oportunos y convenientes.

Vicios en el pliego de condiciones

Los vicios en el pliego de condiciones, pueden afectar la forma o la voluntad del acto.

Podemos distinguir tres aspectos con relación a los pliegos:

a) Pliegos con cláusulas ilegales

Si el pliego se opone a disposiciones legales o reglamentarias, contiene un vicio sustancial que lo invalida y provoca la anulación del contrato celebrado. Son cláusulas ilegales que lesionan el principio de igualdad entre los oferentes:

- la indicación de marca de fábrica como pedido excluyente. Si se menciona marca cuando existan razones científicas o técnicas fundadas, debe ser al solo efecto ilustrativo. De lo contrario, se violará el principio de la igualdad.
- Cláusulas limitativas que sólo permitan la presentación de ofertas a determinados oferentes o que establezcan preferencias injustificadas a favor de determinados oferentes. Ya hemos visto que para que las restricciones a la concurrencia sean legítimas, deben ser generales y ser dispuestas por ley, en virtud de la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

b) Modificación del pliego de condiciones

- Antes de la adjudicación: los pliegos pueden ser modificados por el organismo licitante después de presentadas y abiertas las ofertas, pero antes de la adjudicación. Ello importa un nuevo llamado a licitación y los oferentes pueden retirar sus ofertas.

Si bien el licitante puede dejar sin efecto la licitación o procedimiento de contratación, no puede en forma arbitraria modificar los pliegos del procedimiento de selección; "salvo las modificaciones intrascendentes, en los demás casos se impone la nulidad".

- Después de la adjudicación: los pliegos de condiciones que son la fuente principal de derechos y obligaciones en la contratación administrativa, no pueden ser modificados después de la adjudicación, porque importaría la violación del contrato.

Además, podría quebrantar el principio de igualdad y hacer nacer derechos a favor de los oferentes que no resultaron

adjudicatarios, si con la modificación se exime de hacer cumplimentar al adjudicatario una condición por cuyo motivo especial se lo seleccionó.

c) Interpretación equívoca de los pliegos

El contenido de los pliegos que rigen el llamado debe ser claro y las expresiones empleadas deben ser interpretadas en sentido estricto, como corolario del principio de igualdad.

Cualquier interpretación que encubiertamente importe una modificación del pliego, es nula o anulable.

Como ya lo hemos señalado, las cláusulas oscuras no pueden perjudicar al oferente, a pesar de la disposición contenida en los pliegos y en el artículo 14 de la Reglamentación de Contrataciones del Estado que establece que "la sola presentación de ofertas significa la aceptación lisa y llana de todas las estipulaciones que rigen la contratación aún cuando el pliego de condiciones particulares no se acompañe a la propuesta o no esté firmado por el proponente".

Vicios en el llamado para contratar

El llamado es el acto administrativo dictado por el órgano estatal, que contiene las indicaciones principales acerca del objeto y modalidades del contrato a celebrar.

Se rige por las normas referentes a los actos administrativos y puede estar afectado por vicios en la competencia, en el objeto, la forma o la voluntad, según lo hemos analizado. Los vicios en el llamado pueden determinar su nulidad, anulabilidad o inexistencia, como también de los actos subsiguientes y del contrato eventualmente celebrado.

a) Revocación, modificación o suspensión del llamado.

En cualquier estado del trámite, previo a la adjudicación, puede dejarse sin efecto el procedimiento de selección.

La revocación del llamado debe publicarse en los mismos diarios y medios de difusión en que se anunció el acto del llamado.

Vicios en la concurrencia

La publicidad y las invitaciones personales, según cuál sea el procedimiento de selección que corresponda, son los medios de que se vale el Estado para promover la concurrencia del mayor número de oferentes.

El incumplimiento de las disposiciones legales sobre medios y forma de publicar el llamado o de darlo a conocer a personas a quien el acto interesa, constituye un vicio de forma.

Veremos algunos supuestos.

a) Falta de publicación

La falta de publicación del llamado cuando corresponda, afecta la validez del acto y provoca su nulidad.

"La omisión de esta formalidad legal, aún cuando se haya intentado su sustitución por otros medios prácticos, es causal suficiente para la anulación del procedimiento de selección, ya que afecta a quienes, pudiendo presentar sus ofertas, no se les dió oportunidad de hacerlo"(5).

El incumplimiento puede referirse a la publicación en el Boletín Oficial, en otros medios de prensa cuando la norma positiva lo dispone o en ambos a la vez. En todos los casos, habrá un vicio de forma que determinará la nulidad del acto.

b) Publicación insuficiente, incompleta o defectuosa.

Puede ocurrir que los anuncios se publiquen en todos los medios que dispongan las normas, pero que la publicación adolezca de ciertos vicios como por ejemplo:

- publicación por tiempo inferior al señalado;
- publicación con anticipación al acto, inferior a la establecida;
- falta de indicación del órgano licitante;
- falta de mención del objeto del contrato o del lugar donde se pueden retirar los pliegos, etc.

Todos constituyen vicios de forma que pueden provocar la nulidad o anulación del acto. Las irregularidades irrelevantes no afectan su validez.

c) Rectificaciones y aclaraciones de las publicaciones.

En el intervalo comprendido entre el llamado y el acto de apertura, pueden practicarse rectificaciones y aclaraciones a las publicaciones.

Pueden importar una revocación encubierta o sea un nuevo llamado.

Por eso, si se hicieran después de anunciada la licitación, deberán publicarse con la misma anticipación que la publicación original y necesariamente se deberá abrir un nuevo plazo de presentación de propuestas. Una solución distinta, lesionaría el principio de la igualdad y la concurrencia.

d) Publicación con una anticipación menor a la establecida, sin motivación.

El artículo 10 del Reglamento de Contrataciones del Estado establece que la publicación del llamado a licitación pública puede, excepcionalmente, efectuarse con una anticipación menor a la establecida con carácter general, "... debiendo constar los motivos en el acto administrativo que disponga el llamado".

Por lo tanto, la falta de motivación o exposición de los motivos en el acto del llamado, determina que el mismo esté viciado, correspondiendo su anulabilidad, si el vicio se subsana o de lo contrario la nulidad del acto.

- e) Nuevo llamado, no invitándose a las firmas que concurren al anterior.

El artículo 11 del Reglamento de Contrataciones del Estado establece que, si se efectúa un nuevo llamado, deberá invitarse a las firmas que concurren al anterior.

Esta disposición vale para cualquiera de los procedimientos de contratación y de un modo especial para aquellos que no se publican, en los que la única manera de poder presentarse es por invitación personal.

La falta de cumplimiento de este requisito, constituye un grave vicio que provoca la nulidad del acto.

- f) Llamados a licitación privada, concurso de precios o compra directa, con exclusión injustificada de determinadas firmas inscriptas en el Registro de Proveedores o con invitación siempre a las mismas firmas.

El Reglamento de Contrataciones del Estado establece, para cada uno de estos procedimientos, un mínimo de firmas a las que se deben invitar a cotizar.

Si bien dicho Reglamento no establece, como en otras legislaciones, que las invitaciones, si se efectúan al mínimo establecido, se hagan en forma rotativa a las firmas inscriptas, tratándose entonces de una actividad discrecional, la moralidad de la Administración impone ese proceder. Es decir que no puede excluirse injustificadamente de las invitaciones a determinadas firmas inscriptas en el Registro de Proveedores.

Por otro lado, la invitación siempre a las mismas firmas o la exclusión injustificada de una o más, podría estar encubriendo una desviación de poder que es uno de los vicios de los actos discrecionales y provocar la nulidad del acto.

Vicios en la recepción de ofertas y en el acto de apertura

En la recepción de ofertas, apertura de sobres y admisión, el organismo licitante puede incurrir en ciertas irregularidades que por su importancia jurídica conviene analizar.

- a) Negativa del licitante a recibir la propuesta.

Toda oferta debe ser recibida por el organismo licitante, sin perjuicio de que oportunamente sólo sean consideradas las presentadas conforme a derecho.

Resulta inadmisibles que en el acto de apertura se proceda a la devolución de una oferta, sin que medie decisión firme de quien sea jurídicamente competente para adjudicar o rechazarlas.

La adjudicación y el contrato serán anulables por negativa irrazonable, infundada o arbitraria a recibir propuestas.

- b) Acto de apertura realizado sin la presencia de los funcionarios que establece la Reglamentación de Contrataciones del Estado.

Constituye un vicio de forma que genera la nulidad del acto.

c) Omisión de labrar el acta.

Constituye un grave vicio de forma que provoca la nulidad de la adjudicación y del contrato.

d) Acta incompleta.

El artículo 26 de la Reglamentación de las Contrataciones del Estado, establece el contenido que debe tener el acta.

Si el acta que se labre en la apertura de los sobres fuera incompleta, esta irregularidad provocará la nulidad o anulabilidad del acto según la gravedad que revista la falta.

Si el vicio es grave, como la falta de firma de los funcionarios intervinientes o del detalle de las ofertas o si tuviera enmiendas o raspadura en partes esenciales no salvadas debidamente, corresponde su nulidad.

Si el vicio es leve como la omisión de la hora de apertura o errores que no afecten la esencia del acta, el acto será anulable.

e) Admisión y adjudicación de propuesta que omitió adjuntar la garantía de oferta o que adjuntó garantía con defecto de forma o por un monto menor al que correspondía.

Por tratarse de un requisito para la admisión, la omisión de la garantía obliga a rechazar la oferta. La adjudicación y contrato celebrado con el oferente en cuestión, serán insalvablemente nulos.

El artículo 55 de la Reglamentación de Contrataciones del Estado establece en forma taxativa cuáles son los defectos subsanables y si éstos se subsanan en tiempo y forma, la oferta será válida.

El error en el monto de la garantía, cuando sea menor al que corresponda, no figura entre los defectos subsanables. Por lo tanto, la oferta respectiva no será válida y el acto de adjudicación a la misma será nulo.

Sin embargo, es de práctica permitir que se subsane el error en el monto, cualquiera sea la magnitud del error, fundada en la disposición del artículo 44 del Pliego de Condiciones Generales, el cual establece que "no se considerarán las ofertas cuando no vengan acompañadas de la garantía ...".

Si bien la garantía se instrumenta de alguna forma, por ejemplo con un pagaré, "la garantía" no es el documento en el que se instrumenta, sino el compromiso o la obligación que el mismo contiene. Y no puede considerarse que la oferta está garantizada, si el monto de la garantía tiene un error importante.

Sería conveniente que se establezca como subsanable el error en el monto, cuando dicho error no supere por ejemplo el 20% del importe correcto, como dispone el artículo 66 del Reglamento de Contrataciones de la Nación.

f) Recepción de ofertas después de la apertura de los sobres.

Dichas ofertas son inadmisibles y el contrato celebrado con un oferente que ofertó fuera de término, es nulo.

g) Admisión y adjudicación de propuesta que omitió adjuntar muestra y/o folleto ilustrativo, si así se hubiera exigido en el Pliego de Condiciones.

La falta de estos requisitos, si hacen a la esencia de la oferta, no es subsanable; por lo tanto la oferta no será válida y la adjudicación en favor de la misma será nula.

h) Exclusión indebida de un oferente, del proceso de selección.

La exclusión de un oferente del proceso de selección, puede significar la violación de derechos subjetivos. El oferente que ha cumplido sus obligaciones como tal, adquiere el derecho a competir en la selección, no pudiendo ser indebidamente excluido. Su exclusión provocará la nulidad del acto de adjudicación si su oferta era la más conveniente.

Vicios en la adjudicación

El acto de adjudicación está regulado específicamente por la Reglamentación de Contrataciones del Estado y debe ajustarse a dichas normas bajo pena de nulidad.

Analizaremos casos particulares de mayor interés.

a) Adjudicación a oferente no inscripto

Si se adjudica a un oferente no inscripto en el respectivo Registro, si el ordenamiento jurídico lo exige, el acto será nulo.

El vicio no se puede subsanar con la inscripción a posteriori.

"El Estado no está exento de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios que se hubieran ocasionado a los demás oferentes no adjudicatarios; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios por incumplimiento irregular de sus funciones y obligaciones legales"(6).

b) Adjudicación a oferente con inscripción indebida, incompleta, equívoca o falsa.

La inscripción en el Registro puede haberse realizado pero estar viciada.

La inscripción es indebida o ilegítima cuando se efectuó sin haberse ajustado el peticionante a los requisitos exigidos por las normas vigentes.

En este caso el contrato con el oferente en cuestión será nulo y pasible de responsabilidad el funcionario que dispuso la inscripción.

Las mismas consecuencias jurídicas caben cuando la inscripción es incompleta (no se cumplimentaron todos los requisitos), equivoca (por error o confusión de sujetos) o falsa (otorgada en forma fraudulenta).

c) Adjudicación a un extranjero que no cumplimentó los requisitos exigidos por la ley.

Si las normas exigen requisitos especiales para los adjudicatarios extranjeros y éstos no se cumplen, por ejemplo la inscripción en el Registro de Proveedores y legalización de la documentación por autoridad consular (artículo 12, inciso 4) de la Reglamentación de Contrataciones del Estado) el acto de adjudicación será nulo o anulable según la magnitud de la falta

d) Adjudicación de mercadería de procedencia extranjera, contrariando la ley de compra nacional.

La violación de las disposiciones que establecen preferencia por lo nacional en el caso de igualdad de precios y condiciones (artículo 62, inciso d) de la Reglamentación de Contrataciones del Estado) constituye un grave vicio generador de nulidad.

e) Adjudicación arbitraria.

Si la decisión por la que se adjudica una contratación, fuere manifiestamente arbitraria, el acto de adjudicación será nulo y por excepción anulable.

Pueden darse varios supuestos:

- adjudicación que prescinde de los antecedentes obrantes en el expediente o que se funda en pruebas inexistentes;
- adjudicación que prescinde de fundamentación normativa o que comete un error de derecho;
- adjudicación ilógicamente motivada;
- adjudicación contradictoria, cuando el acto resuelve una adjudicación contraria a la motivación. Así por ejemplo si en los considerandos se expresa que la oferta A es la más conveniente y en la parte resolutive se adjudica a la oferta B;
- adjudicación por razones de calidad, a un precio más alto, cuando no se justifican y demuestran las ventajas de la adjudicación conforme lo establece el artículo 62, inciso b) de la Reglamentación de Contrataciones del Estado;
- falta de proporcionalidad, cuando la adjudicación se efectúa a precios irrazonables o que no están proporcionados a la prestación, no obstante ser los más bajos cotizados o considerarse que son los más convenientes de todos los ofrecidos.

Ya hemos visto que la irrazonabilidad o falta de proporcionalidad es uno de los vicios que pueden tener los actos discrecionales, que afectan su legitimidad.

Y cuál puede ser el parámetro para medir la razonabilidad del precio de adjudicación de un contrato de suministros por ejemplo?. El parámetro puede ser el precio en plaza, en las mismas condiciones establecidas en el pliego que rigió el procedimiento de selección.

f) Adjudicación a oferta condicionada.

No es admisible la oferta condicionada, que establezca condiciones a cargo del organismo licitante o de terceros, a los que se sujetan las obligaciones del oferente, por ejemplo, que se le entregue una parte del precio a cuenta, o que los precios ofrecidos queden sujetos a los precios máximos que el Estado fije o que el oferente no acepte las multas que se le apliquen.

Toda ventaja concedida por el organismo licitante en favor de un oferente, que simultáneamente no haya sido efectuada en beneficio de los demás, lesiona el principio de la igualdad y vicia de nulidad el procedimiento de selección y el contrato que se celebre en consecuencia.

g) Adjudicación a oferta no sujeta a los requisitos legales.

La omisión de requisitos formales en la oferta, puede determinar que deba desestimarse, salvo que se trate de irregularidades irrelevantes.

El artículo 34 del Reglamento de Contrataciones del Estado establece que "cuando en las ofertas se observaren defectos de forma que a juicio de la Comisión de Compras no incidan en la esencia de las propuestas y que no impidan su comparación con los demás, se podrá requerir su perfeccionamiento siempre que no signifique una modificación a las cláusulas que expresamente determina las condiciones estipuladas en el pliego".

Por otro lado, los artículos 16 a 21 de dicho Reglamento establecen la forma en que deben ser presentadas las ofertas y los artículos 32 y 33 determinan los requisitos que las mismas deben cumplir.

Podemos mencionar alguno de los vicios de forma en la presentación de las ofertas, que pueden provocar la nulidad o anulabilidad del contrato en caso de resultar adjudicatario el oferente con oferta viciada:

- propuesta no firmada o redactada con lápiz;
- oferta con enmiendas en partes esenciales, no salvadas;
- oferta con alternativas o variaciones cuando no lo autorizan los pliegos.

Si se adjudicare a una oferta no ajustada sustancialmente al pliego de condiciones, será nula la adjudicación; pero si se apartare en aspectos intrascendentes, será válida.

h) Adjudicación a la única oferta presentada, si el precio no es conveniente.

El artículo 60 de la Reglamentación de Contrataciones del Estado establece que la adjudicación "... puede tener lugar aunque se hubiera presentado una sola oferta siempre que la misma sea válida, es decir que se ajuste al Pliego de Condiciones Generales y especificaciones particulares y sea además el precio conveniente a los intereses del Estado".

El precio será conveniente si es razonable y debe ser indefectiblemente evaluada su razonabilidad para la

adjudicación, debiendo constar esta circunstancia en el acto administrativo de adjudicación.

Si se demuestra la irrazonabilidad o inconveniencia del precio adjudicado, el contrato celebrado será nulo.

- i) Adjudicación por una cantidad mayor o menor a las solicitudes en los pliegos, cuando la diferencia en más o en menos supera el 30% que estipula el Pliego de Condiciones Generales.

El artículo 67 de la Reglamentación de Contrataciones del Estado establece que el funcionario autorizado para adjudicar "... se reserva el derecho de aumentar o disminuir en un 30%, en las condiciones aceptadas las adquisiciones que expresamente se estipulen en los pliegos de condiciones particulares."

Si el aumento o disminución en la cantidad adjudicada supera ese porcentaje, el acto de adjudicación estará viciado, pues violaría el principio de igualdad. Este vicio puede provocar la anulabilidad del acto, si la adjudicación de acuerdo a lo establecido fuera factible y conveniente, o la nulidad.

- j) Adjudicación sin crédito presupuestario.

El artículo 14 de la Ley de Contabilidad establece que "en cada ejercicio financiero sólo podrán comprometerse gastos que encuadren en los conceptos y límites de los créditos abiertos, salvo los casos previstos en el artículo 8".

La falta de crédito presupuestario, cuando corresponda, no provocará la nulidad del contrato, pero genera responsabilidad administrativa de los agentes intervinientes.

- k) Falta de dictamen de la Comisión de Compras.

La omisión del pronunciamiento de los órganos consultivos que deben estudiar las ofertas y aconsejar la adjudicación, constituye un vicio insalvable y provoca la nulidad del acto administrativo de adjudicación.

- l) Cesión de los deberes y derechos del adjudicatario.

El carácter personal de las obligaciones y derechos emergentes de la adjudicación, impiden al beneficiario cederlos sin autorización expresa de la autoridad competente.

En tal caso, la cesión será nula y habilita la revocación de la adjudicación y el reclamo indemnizatorio contra el adjudicatario.

Vicios del procedimiento de contratación invocados por el organismo licitante durante o después de la ejecución del contrato

En este supuesto no nos encontramos ante un acto unilateral como puede ser la adjudicación, sino ante una relación jurídica bilateral o "contrato de la Administración".

"No son idénticas las consecuencias de la nulidad de un acto y

las de un contrato administrativo. En el primer caso, las cosas pueden retrotraerse a su estado anterior; en el segundo, máxime si las prestaciones han sido cumplidas y el objeto del contrato se halla agotado o en vías de agotarse por su cumplimiento, la anulación retroactiva es materialmente imposible"(7).

Aunque los vicios del procedimiento de contratación fuesen graves, una vez cumplida la prestación objeto del contrato, el contratista tiene derecho a percibir el precio pues de lo contrario el organismo licitante se vería injustamente beneficiado con los efectos de la nulidad.

NOTAS DEL CAPITULO IV

1. Marienhoff, Miguel S., ob. cit, t. III-A, p. 268, Nro.670, t. II, p. 455 y ss., citado por Dromi, José R., ob. cit., nota 25, p. 427.
2. Díez, ob. cit., t. II, p. 491, citado por Dromi, José R., ob. cit., p. 427.
3. Dromi, José R., ob. cit., p. 503.
4. "Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, Cfr. Jurisprudencia, citado por Dromi, José R., ob. cit., nota 21, p. 168.
5. Dromi, José R., ob. cit., p. 489.
6. Dromi, José R., ob. cit., p. 479.
7. Dromi, José R., ob. cit., p. 504.

CONCLUSIONES

Coincidimos con Fiorini y Mata en que "es en el capítulo de las contrataciones públicas y en especial en el proceso de selección, donde la opinión pública mantiene permanentemente desconfianza y una sospecha de que éstas no se realizan correctamente".

Cabe preguntarnos entonces, qué debemos hacer para revertir ese concepto.

Consideramos que la Contaduría General, debe ejercer un control efectivo y eficiente de los contratos administrativos, dando más importancia al control sustancial que al formal. El control formal en muchos casos sólo pone trabas innecesarias y estériles a la gestión del administrador.

Por otro lado, la autoridad administrativa debe brindar toda la información que solicitan los oferentes a un proceso de selección, sin retaceos injustificados. La información amplia al oferente durante el proceso de selección, permitirá un control oportuno por parte de los mismos, a fin de evitar desviaciones que podrían provocar la anulación del acto de adjudicación.

Además, debe efectuar una amplia publicidad de sus actos, con explicación de sus fundamentos. La "motivación" que en el pasado fue una exigencia jurídica, hoy es una exigencia política. Si no se dan explicaciones satisfactorias a la opinión pública, faltará su consenso que es esencial para el ejercicio del poder.

Podemos concluir que, a mayor jerarquía del control, mayor responsabilidad en el quehacer de la Administración. El control fortalece la democracia, la revitaliza y contribuye al desarrollo político y moral del pueblo que es el centro y origen del poder.

I N D I C E

INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
EL CONTROL EN EL ESTADO DE DERECHO	
Evolución en la concepción del Estado	2
El control en el Estado de Derecho. El control de la Contaduría General,	3
La Administración como función del Estado.	4
El control como función de la Administración.	4
Control de legitimidad y de mérito.	6
Elementos de los actos administrativos que hacen a su legitimidad.	7
Actividad administrativa reglada y discrecional.	8
Límites a las facultades regladas y discrecionales.	
Límites a las facultades regladas.	10
Límites a las facultades discrecionales.	10
Comparación entre legitimidad y mérito y actividad reglada y discrecional.	11
Vicios de los actos administrativos.	13
Consecuencias jurídicas de los vicios de los actos administrativos.	14
NOTAS DEL CAPITULO I	15
CAPITULO II	
LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION	
La selección del contratista estatal.	16
Concepto y elementos de los contratos administrativos.	17
Principios que rigen la selección del contratista estatal.	19
Evolución histórica de los sistemas de selección.	21
Selección, contratación directa y libre elección.	21
Etapas del procedimiento de contratación.	22
Régimen jurídico del procedimiento de contratación.	23
El control jurídico en los contratos administrativos.	23
NOTAS DEL CAPITULO II	26
CAPITULO III	
PROCEDIMIENTOS DE SELECCION DEL CONTRATISTA ESTATAL	
Los procedimientos de selección.	27
Subasta.	27
Licitación pública.	28
Concurso público de proyectos.	28
Licitación privada.	28
Concurso de precios.	29
Compra directa y libre elección.	29

Contratación directa. Excepción al régimen de selección.	29
LOS PLIEGOS EN EL PROCESO DE SELECCION.	30
Concentración y división de los pedidos de contratación.	32
Cláusulas de preferencia.	32
EL LLAMADO O DEMANDA DE OFERTAS PARA CONTRATAR.	32
La publicidad.	33
LA CONCURRENCIA.	
Limitaciones a la libre concurrencia.	34
LAS OFERTAS PARA CONTRATAR.	35
Obligaciones para los proponentes.	35
Plazos.	36
Requisitos de las ofertas.	36
Alternativas, variaciones y mejoras.	36
Relación jurídica igualitaria y situación del oferente.	37
ACTO DE APERTURA.	
Conocimiento público de las ofertas.	37
Fecha de apertura.	38
Ejecución del acto.	38
Suscripción del acta.	38
ESTUDIO DE LAS OFERTAS.	38
Admisibilidad de las ofertas.	39
La oferta más conveniente y el precio más bajo.	39
Criterios para elegir la oferta más conveniente.	40
Mejora de precios.	41
Vista de la calificación de las ofertas.	41
Licitación desierta, fracasada y anulada.	41
EL ACTO DE ADJUDICACION Y EL ADJUDICATARIO.	42
PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.	42
NOTAS DEL CAPITULO III.	44

CAPITULO IV

EL CONTROL DE LEGALIDAD Y LOS VICIOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El control de legalidad en los contratos administrativos.	45
Los vicios en la contratación administrativa.	45
Vicios en el objeto.	46
Vicios en los sujetos.	
Vicios en la competencia del órgano contratante.	47
Vicios en la capacidad del co-contratante.	48
Vicios en la voluntad del organismo licitante o de los oferentes.	49
Omisión del procedimiento de licitación pública.	
Licitación privada, concurso de precios o contratación directa indebida.	49
Vicios en el pliego de condiciones.	51

Vicios en el llamado para contratar.	52
Vicios en la concurrencia.	52
Vicios en la recepción de ofertas y en el acto de apertura.	54
Vicios en la adjudicación.	56
Vicios del procedimiento de contratación invocados por el organismo licitante durante o después de la ejecución del contrato.	59
NOTAS DEL CAPITULO IV.	61
CONCLUSIONES.	62

BIBLIOGRAFIA

- CANASI, José, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1972.
- DROMI, José R., "La licitación pública", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1975.
- FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, "Licitación pública. Selección del contratista estatal", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972.
- GONZALEZ, Joaquín U., "Manual de la Constitución Argentina", Buenos Aires, Angel Estrada y Ca. Editores, 1897.
- GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1979.
- GIMENEZ CASTRO, Wilburg, "Administración pública para el desarrollo integral", México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.
- REGODESEBES, José R., "El control público", Buenos Aires, Talleres Gráficos de "La Ley" S.A.E.e I., 1984.
- VANOSI, Jorge R., "El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social", Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.