

CAPÍTULO XXV

LICITACIÓN PÚBLICA V. CONTRATACIÓN DIRECTA: ¿LA BATALLA PERDIDA?

Por AGUSTÍN GARCÍA SANZ

SUMARIO

1. Plata, va.....	446
2. Las palabras y las normas.....	447
3. Despertares.....	452
4. Res, non verba.....	453
5. La inflación del incumplimiento.....	456
5.1. El análisis dinámico.....	456
5.2. Corolarios.....	462
6. Las palabras y las cosas.....	465
6.1. Los perversos incentivos del sistema.....	465
6.1.1. Los tiempos de la licitación.....	466
6.1.2. La publicidad, enemiga de la <i>Publicidad</i>	469
6.1.3. Mejor malo conocido, que bueno por conocer.....	471
6.1.4. El abuso de las excepciones.....	471
6.1.5. Las alternativas extra-sistema.....	472
6.2. Las palabras bajo la alfombra.....	472
7. Algunas reflexiones con final abierto.....	474

Capítulo XXV

**LICITACIÓN PÚBLICA V. CONTRATACIÓN DIRECTA:
¿LA BATALLA PERDIDA?**

POR AGUSTÍN GARCÍA SANZ

*“To sin by silence when they should protest
makes cowards of men.” ABRAHAM LINCOLN*

La **licitación pública** no es más —si es que alguna vez lo fue— la regla general en el sistema de compras y contrataciones del Estado nacional. Contrariamente a lo que puede suponer el lector desprevenido y aún alguno avezado que siga a pie juntillas lo que la norma dice en palabras, **la regla es la contratación directa, aun si para ello debe hacerse un poco de cosmética al momento de definir el procedimiento de selección del contratista**. No lo digo yo;² lo dicen los números que presentaré en este trabajo a partir de fuentes tan oficiales como su incumplimiento. Poco importaron los principios declamados; mucho menos lo dicho por la doctrina o la jurisprudencia. Los hechos se impusieron con sigilo. A romper ese silencio dedicaré los siguientes capítulos.

¹ Publicado originalmente en *RPA*, 2006-3, Buenos Aires, RAP, pp. 75-103.

² Aunque ya tuve ocasión de ocuparme de este tema hace unos años, en “Contratos administrativos: lenguaje y realidad,” *LL*, 2004-C, 1535. Allí me refería a mi experiencia como funcionario en el sector público que sólo reproduzco aquí en la anécdota. También debe destacarse el reciente llamado de atención en este sentido de MARIO REJTMAN FARAH en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral 2006, en su ponencia “La brecha existente entre el régimen de las contrataciones públicas y la realidad.” Sobre el caso de la Provincia de Buenos Aires, se ha expresado PULVIRENTI, ORLANDO D., “El Caso de la administración adicta y el síndrome de abstinencia (a raíz de los decretos Nro. 787/04, 1344/04, 2698/04 y Nro. 305/2005 de la Provincia de Buenos Aires),” *LL*, 2005-D, 1217. No son muchas las voces en este sentido.

1. *Plata, va*

El sistema de compras y contrataciones es el canal a través del cual gran parte de los recursos públicos se ponen en movimiento para satisfacer, al menos nominalmente, las finalidades de cada uno de los órganos del Estado. Es la función administrativa puesta en movimiento. Tiene como presupuesto la recaudación —que saldrá de nuestros bolsillos, coacción mediante— o el endeudamiento, que deberá ser afrontado de todos modos con recaudación.

Sólo en el año 2005, las órdenes de compra emitidas y comunicadas por las distintas jurisdicciones a la Oficina Nacional de Contrataciones (“ONC”), órgano rector del Sistema,³ llegaron a sumar \$ 1.771 millones.⁴ Este dato es sólo un indicador de las dimensiones del problema que presentaré, ya que a ello deben sumarse las operaciones no informadas a la ONC y las compras y contrataciones realizadas por mecanismos que no requieren comunicación a ese órgano rector.⁵

Según lo establece el decreto delegado 1.023/01,⁶ los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones son la razonabilidad del proyecto, la eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; la transparencia en los procedimientos; la publicidad y difusión de las actuaciones; la responsabilidad de los agentes y

³ La ONC es el órgano rector del sistema de compras y contrataciones del Estado nacional, según lo dispone el artículo 23 del decreto 1.023/01. Se adoptó, al igual que lo hizo la Ley de Administración Financiera, el criterio de centralización de las políticas y de las normas, y de descentralización de la gestión operativa. Según la ONC lo informa en su página www.argentinacompra.gov.ar, participan del sistema 613 unidades. Entre ellas, 37 Universidades (143 Facultades); 99 servicios administrativos financieros de organismos de la administración central; 409 servicios administrativos financieros descentralizados; 60 empresas; y 16 proyectos con financiamiento externo. (Banco Mundial.) Tomando la cantidad de unidades que aportan datos al sistema, podemos decir que el promedio de órdenes de compra registradas por unidad es de \$2,96 millones.

⁴ Este número representa un 39,15% del presupuesto para gastos en bienes y servicios no personales, según Presupuesto Nacional para el año 2005. (4.1.2.2, Gastos Corrientes.) De cualquier modo, debe tomarse simplemente como un dato indicativo, ya que en otras partidas también se reflejan montos que terminan siendo gastados a través del sistema de compras y contrataciones.

⁵ Están excluidos los contratos de empleo público, las compras por caja chica y los contratos celebrados con estados extranjeros, así como los comprendidos en operaciones de crédito público. (Artículo 5º, decreto 1.023/01.)

⁶ Delegado en función de lo dispuesto por la ley 25.414, en una de las tantas emergencias argentinas.

funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones y la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.^{7 y 8}

Cada uno de estos principios encuentra su reflejo nominal en alguna de las normas que rigen el sistema. Pero cuando algunos de ellos —por no decir todos— se violan sin por ello suscitar reacciones acaloradas, quienes encontramos en el Estado y su funcionamiento un objeto de estudio debemos prestar atención. Cuando esa violación es reflejada con total naturalidad, sin siquiera merecer una nota aclaratoria por parte de la ONC,⁹ vemos hasta qué punto estamos anestesiados frente al incumplimiento. No se trata de una administración o de otra, como lo demostrarán los datos en este trabajo; ni siquiera es patrimonio exclusivo del Poder Ejecutivo: Se trata del Sistema.¹⁰ Es mucho más grave.

2. *Las palabras y las normas*

Antes de avanzar en el estudio concreto de los datos, parece aconsejable recordar cuáles son las alternativas que ofrecen las normas para la selección del contratista. No se trata de hacer aquí un detalle pormenorizado. Basta, en este punto, con señalar las diferencias más relevantes de algunos de los procedimientos disponibles.

El decreto 1.023/01 nos ofrece un menú clásico de opciones, entre las que podemos mencionar a la licitación pública y a la privada; sus primos hermanos, los concursos públicos y privados; la contratación directa en sus distintas versiones y la subasta o remate público.

Como es sabido, la subasta y el remate están reservados en forma preponderante para aquellos casos en los que la administración busca deshacerse de algún bien.¹¹ Siendo este un trabajo dedicado a analizar las formas en las que el

⁷ Para cerrar la enumeración de principios, el artículo 3° del decreto 1.023/01 termina afirmando que “[d]esde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.” También es importante tener presente las previsiones del artículo 1° del mismo decreto que establece: “El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.”

⁸ La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759, esboza con matices estos principios en su artículo III, incisos 1 y 5.

⁹ No confundir: No puedo más que celebrar la publicación de los datos a los que habré de referirme en este artículo. Sin la tarea de recopilación y sistematización que los funcionarios de la ONC han llevado adelante este artículo y lo que en él se dice no hubieran visto la luz. Lo grave es la falta de reacción frente al incumplimiento de las normas.

¹⁰ Para entender la importancia de atacar los problemas de transparencia del Estado en forma sistémica, desde sus raíces, ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción*, en prensa y próximo a ver la luz como parte de la colección *Cuadernos Res Publica Argentina*.

¹¹ Si bien el decreto 1.023/01 prevé la utilización de la subasta para la compra —se la prefiere a la *contratación directa*— de bienes muebles (objetos de arte e históricos), inmuebles, semovientes,

Estado gasta dinero, las dejaré de lado por el momento. Otro tanto haré con los concursos en sus dos variantes, ya que se trata de procedimientos reglados en forma idéntica a las dos modalidades de licitación, con la salvedad de que en los concursos el foco para la selección del contratista está puesto primordialmente en factores no económicos, a diferencia de lo que ocurre con las licitaciones.¹² Me ocuparé, entonces, de estas últimas y de la contratación directa y sus variantes.

La primera diferencia que salta a la vista al analizar la reglamentación es, sin dudas, el monto que sirve de piso o de techo a la admisibilidad de cada modalidad. Es que el sistema se estructura a partir de un aumento gradual de las exigencias en materia de publicidad, trámite y cantidad de oferentes invitados, en función del monto presunto de la contratación (fijado sobre la base del justiprecio).¹³ Así, para los procedimientos de entre \$0 y \$10.000, encontramos a la *contratación directa de trámite simplificado*,¹⁴ para aquellos que van de \$10.000 a \$75.000 y cumplan con los supuestos del reglamento, la *contratación directa*; de \$75.000 a \$300.000, la licitación privada; de \$300.000 en adelante, aquí sí, la licitación pública.¹⁵

Cabe aquí hacer una primera salvedad. La pauta limitativa de \$75.000 para las contrataciones directas se aplica en tanto no se verifiquen los supuestos que la misma reglamentación habilita para realizar *contrataciones directas propiamente dichas*,¹⁶ es decir, aquellas en las que no se realiza una compulsa de ofertas, sino que se asigna el contrato a un único oferente predeterminado. Si este fuera el caso, el límite de los \$75.000 desaparece. Ello debiera ocurrir en casos contados. Sin embargo, el listado no es tan breve.

La *contratación directa propiamente dicha* aparece habilitada¹⁷ para la realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a personas que sean las únicas que puedan llevarlas a cabo; la contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona, siempre y cuan-

ello es así sólo cuando es posible por el tipo de venta que realice el dueño de los bienes, según surge del artículo 25(a) del decreto 1.023/01.

¹² Esta diferenciación surge del artículo 25 del decreto 1.023/01.

¹³ Según lo establece el artículo 22 del decreto 436/00, “[p]ara la elección del procedimiento de selección según el monto estimado del contrato [...] se considerará el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas.”

¹⁴ Esta variante de la contratación directa aparece reglada por el artículo 27 del decreto 436/00, recientemente reglamentado en su procedimiento por el decreto 1818/06 que viene a intentar imponer la contratación electrónica para las *contrataciones directas de trámite simplificado*.

¹⁵ Las bandas dentro de las cuales es admitida cada una de las modalidades se encuentran definidas por el artículo 22 del decreto 436/00.

¹⁶ Volveré sobre esta distinción entre contrataciones directas propiamente dichas y las que se realizan bajo ese nombre pero compulsando al menos algunas ofertas, ya que la confusión que generan merece ser tratada con mayor detalle.

¹⁷ Así surge del artículo 25(d), apartados 2 al 10, del decreto 1.023/01.

do no hubieren sustitutos convenientes;¹⁸ los casos en los que hubiera resultado desierto o fracasado en dos oportunidades un concurso o licitación; en los que se acrediten razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas y que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno; las operaciones que el Poder Ejecutivo nacional haya declarado secretas por razones de seguridad o defensa nacional; las contrataciones por reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación; los contratos con las jurisdicciones y entidades del Estado nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud;¹⁹ también los contratos que se celebren con las Universidades Nacionales y los que, previo informe al Ministerio de Desarrollo Social, se celebren con personas inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social.²⁰

Sólo en estos casos —hagamos de cuenta que son pocos— podemos hablar de una contratación directa *stricto sensu*, como veremos más adelante, ya que el procedimiento previsto en los artículos 25(d.1) del decreto 1.023/01 y 26(a) del decreto 436/00 para compras y contrataciones inferiores a los \$75.000 mantiene rasgos que impiden tenerla por *directa*, al menos en el sentido que la mayoría de los lectores dan a esa palabra. Las llamaré **contrataciones directas sui generis**.

La segunda diferencia, que jugará un rol determinante en la selección del procedimiento, está dada por las exigencias de publicidad previa y del grado de concurrencia de oferentes. En los tres casos se exige la publicación en la página de la ONC. También la publicidad en el Boletín Oficial de los contratos que superan los \$75.000.²¹ Pero a ello se vienen a sumar exigencias diferenciadas para cada una de las modalidades, que seguidamente veremos.

¹⁸ La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

¹⁹ En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato. Sin embargo, la peligrosidad de esta habilitación amplia, introducida nuevamente por el decreto 204/04, merecería un análisis autónomo que no será el objeto de este trabajo, máxime teniendo en cuenta la creciente participación del Estado nacional en actividades empresariales de diversa índole. Ya ha señalado liminarmente los peligros de esta vuelta al pasado ROCHA PEREYRA, GERÓNIMO en “El decreto 204/04. Un posible retroceso en la contratación pública,” *JA*, 2004-III-1288.

²⁰ El Efector Social es, en palabras del propio Ministerio, aquella persona que está realizando una única actividad productiva y ve dificultada su inserción en la economía por estar en una situación de vulnerabilidad social. (Ver en <http://www.desarrollsocial.gov.ar/Efectores/efectores.asp>.)

²¹ Así surge del artículo 19 del decreto 436/00, en cuanto establece que “[l]as contrataciones cuyo monto exceda la suma de pesos setenta y cinco mil (\$75.000), así como las transferencias de contratos que los organismos autorizaren, se publicará por un (1) día en el Boletín Oficial, una vez perfeccionado el respectivo contrato.” Cabe mencionar que esta exigencia es aplicable en todas las modalidades previstas en las normas que analizamos.

En el caso de la *licitación pública*, se suma a la publicación en el sitio de la ONC —que no siempre ocurre—²² el requisito de que el procedimiento sea dado a conocer por cualquier medio y con la misma antelación a las asociaciones que nuclean a los productores, fabricantes y/o comerciantes del rubro y, en su caso, a las asociaciones locales del lugar en el que deban realizarse las prestaciones. Luego de estos rasgos comunes, las licitaciones públicas presentan dos subdivisiones claramente delimitadas.

Para los procedimientos justipreciados en menos de \$5 millones, se exige la publicación en el Boletín Oficial por 2 días y que la última de estas publicaciones se verifique al menos 4 días antes de la fecha de apertura de sobres. Cuando sea por un monto superior a los \$5 millones, se deberá publicar por 8 días en el Boletín Oficial y respetarse una antelación entre la última publicación y la apertura de sobres de al menos 12 días. A ello se suma, en este caso, la publicación por un día en dos de los diarios de mayor circulación en el país. (Cuando corresponda, se sumará la publicación en medios de difusión local, sean oficiales o privados y, en el caso de las licitaciones internacionales, en medios de terceros países y con plazos de antelación especiales.)

En las *contrataciones directas propiamente dichas*, la exigencia de publicidad es únicamente posterior a la firma del contrato, si es que corresponde.²³ Por el contrario, en las *contrataciones directas sui generis*, es decir, aquella especie extraña en la que se realiza compulsiva de una cierta cantidad de ofertas,²⁴ rige únicamente la obligación genérica de publicidad a través del sitio de Internet de la ONC y la de invitar por medio fehaciente²⁵ —y con antelación de al menos 5 días respecto de la apertura de sobres— a un mínimo de tres proveedores habituales, prestadores, productores, fabricantes, comerciantes, o proveedores del rubro.²⁶

Si la *contratación directa* fuera justipreciada en menos de \$10.000, entramos en el terreno de la *contratación directa por trámite simplificado*, en

²² Como dije al comienzo de este artículo, la ONC no es informada de todos los procedimientos y, aun cuando ello ocurre, no siempre es en tiempo oportuno.

²³ Según el artículo 19 del decreto 436/00. (Ver nota 20.)

²⁴ Siempre que no sea posible realizar una contratación mediante compra informatizada, punto sobre el que volveremos en el capítulo 5.2.

²⁵ Para quienes crean sin más en la infalibilidad de los medios de invitación fehaciente utilizados, una anécdota. Recuerdo que al asumir mi cargo en la Facultad de Medicina ordené realizar un preciso escrutinio de los procedimientos tramitados en los meses previos, habida cuenta de los rumores de actos de corrupción reinantes. A partir de ese análisis se realizaron no menos de media docena de denuncias penales contra funcionarios y empresas vinculadas con casos en los que se fraguó el envío por carta certificada. El procedimiento detectado era muy sencillo: La unidad operativa de contrataciones adquiría del Correo Argentino las obleas para el envío de cartas certificadas y con ellas confeccionaba una prolija planilla en la que se pegaba cada una de ellas con expresión de un destinatario a veces real, con el fin de “acreditar” la invitación. Luego de solicitar al Correo que confirmara si los envíos se habían hecho, nos informaron que, si bien las obleas figuraban como compradas, no todos los envíos se habían hecho. Casualmente, la empresa siempre adjudicada era la única que había recibido las cartas certificadas; a las restantes, nunca se les enviaron.

²⁶ Conforme artículo 18 del decreto 436/00.

la que las invitaciones a participar podrán efectuarse —al menos así será por un tiempo más, como veremos a continuación— por cualquier medio (es decir, no fehaciente) y las ofertas podrán presentarse por e-mail, fax u otros medios. (Traducido: El precio en cada oferta quedaba a la vista.) Claro que el titular de la unidad operativa de contrataciones “tendrá la responsabilidad de que las ofertas permanezcan reservadas hasta el día y hora de vencimiento del plazo fijado para su presentación.”²⁷ En estos casos, la elección de la oferta podrá resolverse sin más trámite que la opinión de la unidad operativa de contrataciones y la unidad requirente del bien o servicio.

Pero la reciente modificación al régimen de contratación directa de trámite simplificado merece un párrafo aparte. Ante todo, es llamativo que el decreto 1818/06, que viene a establecer un procedimiento obligatorio para la contratación directa de trámite simplificado, no modifique lisa y llanamente el artículo 27 del decreto 436/00. Usar en forma obligatoria —como dice el nuevo decreto 1818/06— el sistema electrónico que habilite la ONC no parece compatible con la reglamentación original. Por citar sólo un ejemplo, el decreto 436/00 prescinde expresamente del acto de apertura, mientras que la nueva reglamentación establece en su numeral 6° que “[l]a apertura de las ofertas será pública y con la presencia de por lo menos un testigo.” Esta superposición de regímenes parece dejar resquicios para justificar en el futuro procedimientos que transiten canales distintos de los que ahora son obligatorios, aunque eso lo dirán los hechos de aquí a unos meses, cuando se supere el período de *aplicación progresiva* dispuesto en el artículo 2° del decreto. Si bien la instauración de mecanismos informatizados que liberen de trámites a los funcionarios y a los administrados merece aplauso, no queda claro aún si el nuevo régimen efectivamente logrará este cometido o si, como puede también preverse, generará resistencias que empujarán hacia la búsqueda de atajos.

Como se desprende de este breve repaso, las diferencias esenciales, aparte de las bandas de justiprecio que habilitan la selección de la modalidad, se encuentran en la publicidad que debe realizarse del llamado y la cantidad de posibles oferentes a los que está dirigido: Mientras en las *licitaciones* se apunta a un número indeterminado de posibles participantes, en las *contrataciones directas sui generis* sólo hace falta invitar a tres por medio fehaciente o, en el caso de las de *trámite simplificado*, por e-mail. En las *contrataciones directas propiamente dichas*, como es natural, no se invita a nadie más que al co-contratante, quedando sólo sujeta a publicidad *ex post* la operación que supere los \$75.000.

²⁷ Conforme artículo 27 del decreto 436/00.

3. *Despertares*

Cuando por primera vez dediqué mi atención a este asunto, fue casi por accidente, a partir de una contratación para la Facultad de Medicina. Se inició el expediente; se determinó el justiprecio²⁸ en \$55.200; se elaboró el proyecto de pliego y del acto administrativo que le daría aprobación juntamente con el compromiso preventivo del crédito presupuestario; intervino el servicio jurídico y se elevó el expediente para mi firma. Otra vez una resolución aprobatoria de un llamado a ***contratación directa***.

Mi primera reacción fue no firmarla. Luego de reflexionar, e intentando un remedio a la postre ineficaz, agregué al expediente una indicación a la Dirección de Contrataciones a fin de que publicaran en un diario de circulación nacional el llamado a presentar ofertas. El paliativo no sirvió de nada.

Profundizando mi reflexión, me dispuse a analizar con mayor detenimiento el Régimen de Contrataciones del Estado nacional que tiene su base normativa en el ya citado decreto delegado 1.023/01, su modificatorio, el decreto de necesidad y urgencia 666/03 y el reglamentario 436/00.²⁹ A poco de comenzar a leer la reglamentación, surgió patente la causa de mi malestar: ¿Cómo una norma que busca implantar la razonabilidad; la libre concurrencia de interesados y la competencia entre oferentes; la transparencia; la publicidad e igualdad de trato para unos y otros,³⁰ termina adjudicando por ***contratación directa*** las compras y contrataciones de hasta \$75.000?

Luego de solicitar informes a la Dirección de Contrataciones, los datos justificaron mi enojo: Se tramitaron ese año 181 contrataciones de las cuales —por

²⁸ Según el diccionario de la Real Academia Española, el justiprecio es el “aprecio o tasación de algo.” Las normas de contrataciones acuden a él para referirse a la estimación del costo de la contratación antes de que sea realizada la compulsa de precios. Este concepto, o mejor dicho, la operación de justipreciar, es de vital importancia en la determinación de los procedimientos aplicables para la selección del contratista en el caso concreto. Volveré a referirme al justiprecio en capítulos posteriores y, por eso, lo traigo a colación en este punto.

²⁹ *No se trata de un error de imprenta*: La norma del 2000 reglamenta la del 2001 y la del 2003, en una suerte de parapsicología normativa difícil de comprender. Es que en realidad, el decreto 436/00 reglamentaba los todavía sobrevivientes artículos del decreto-ley de contabilidad 23.354/56. Cuando el decreto delegado 1.023/01 apareció en escena, en el año 2001, se consideró oportuno que la reglamentación del viejo decreto-ley se considerara comprensiva del nuevo marco. Aun con la reforma que el decreto 666/03 hizo del 1.023/01, se mantuvo este intrincado ejercicio de reglamentación *visionaria*. Ha dicho MAIRAL que “[e]sta es la consecuencia de la delegación: cuando el Congreso permite a la Administración que ella misma dicte —sin limitación alguna— las normas que rigen sus relaciones con los particulares, no es de sorprender que se desemboque en estos abusos. En un Estado de Derecho, el Parlamento cuida de fijar límites a la actuación de la Administración frente a los particulares. En Argentina, el Congreso ha abdicado tal función. Sólo queda la intervención del Poder Judicial, por necesidad generalmente tardía y esporádica, para poner coto a estas exageraciones.” (Ver MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad. Suplemento Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004. p. 12.)

³⁰ Tal lo establecido en el artículo 3° del decreto delegado 1.023/01 en sus incisos *a)* al *f)*, como hemos visto.

monto— 2 fueron licitaciones públicas; 6 licitaciones privadas y 173 *contrataciones directas*. Estaba ante la modalidad de selección del contratista más usada por la Facultad de Medicina.³¹ Supuse que lo mismo sucedía en gran cantidad de organismos de similares dimensiones cuyas necesidades definen procedimientos de compras y contrataciones por montos inferiores a la nada despreciable cifra de \$75.000. Veremos, en los capítulos subsiguientes, hasta qué punto esto es así incluso hoy, en 2006. Pero, antes, recordemos de qué estamos hablando.

4. *Res, non verba*

Ahora que hemos repasado lo que dicen las palabras y las normas, vamos a los hechos. Los datos que hoy ofrece la ONC son de una claridad meridiana: Aquello que señalaba en 2004, cuando escribí por primera vez sobre este tema, no sólo se confirma en la realidad de la administración nacional argentina de 2006, sino que lo hace en forma creciente y sostenida. Veamos.

El primero de los gráficos (Figura 1) nos muestra cuánto representa (medido en pesos gastados por procedimiento) cada una de las modalidades de selección del contratista previstas en el decreto 1.023/01 para el año 2005,³² en el volumen de gasto total registrado según las órdenes de compra.

³¹ Hechas las averiguaciones del caso con los funcionarios de la Facultad de Medicina pude saber que, en lo que va de 2006, se llevan tramitados 151 procedimientos, de los cuales **150 son contrataciones directas y tan sólo 1 es licitación privada**. Medido en pesos totales, **hablamos de unos \$ 3,2 millones gastados a través de contrataciones directas y tan sólo \$ 380.000 en la única licitación privada realizada**. Los números hablan por sí mismos.

³² Existen datos parciales de 2006 disponibles en: <https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/index2.asp>. (Última visita el 10-XI-06.) He tomado datos de 2005 puesto que reflejan el último ejercicio completo. De todos modos, en el capítulo 5 reflejaré algunos de los datos correspondientes al presente año, para mejor analizar la tendencia.

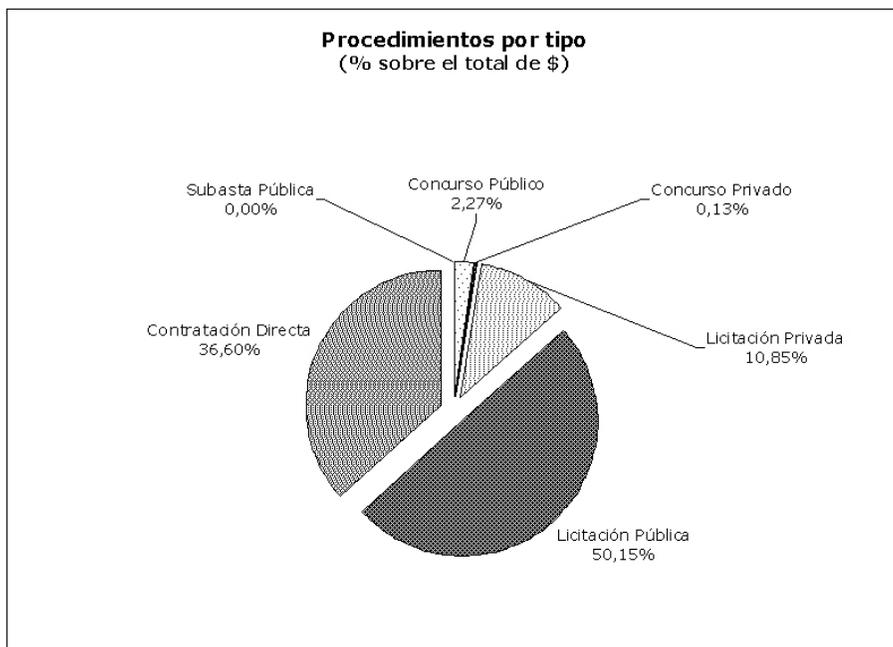


Figura 1

Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Como puede apreciarse, del volumen total de pesos gastados y registrados por la ONC a través de las distintas órdenes de compra, aproximadamente la mitad fue canalizado a través del procedimiento de licitación pública (50,15%). Si sumamos el concurso público, el agregado llega a 52,42%. Como contrapartida, vemos que un 36,6% del monto registrado por el sistema en 2005, corresponde a **contrataciones directas**.

En el segundo gráfico, podemos ver el problema en toda su dimensión. Al abandonar el análisis por sumas gastadas (en el que unas pocas operaciones de gran magnitud pueden distorsionar la real incidencia de la licitación pública) y pasar al escrutinio de la cantidad concreta de procedimientos de compra tramitados por cada modalidad, vemos que las contrataciones directas son la gran *vedette* del sistema.

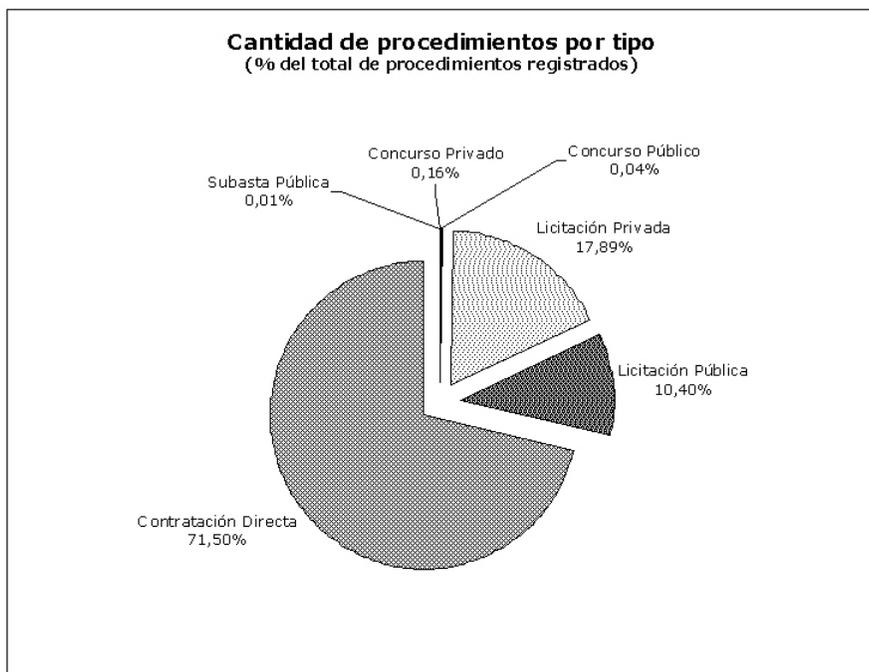


Figura 2

Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Las contrataciones directas representan el 71,5% del total de los procedimientos de contrataciones registrados por la ONC. Si a ello sumamos la licitación privada (17,89%) y el concurso privado (0,16%), vemos que el 89,55% del total de los procedimientos de selección del contratista transitan por vías *directas* o *privadas*. Pasando en limpio: **Sólo el 10,4% de los procedimientos que dan vida al sistema de compras y contrataciones del Estado se concretan a través de una *licitación pública*.**³³

Quien lee estas líneas supondrá legítimamente que la contratación directa es, pues, la regla en el sistema de contrataciones del Estado. A poco de analizar el artículo 24 del decreto 1.023/01, nos damos cuenta del desaguisado:

³³ Desde la perspectiva del control, podría decirse que, si con sólo el 10,4% de los procedimientos se gasta el 50,15% de los pesos y, además, se lo hace por *licitación pública*, el mecanismo más “transparente” que ofrece el sistema, las posibilidades de encontrarnos con hechos de corrupción decrecen. Claro que ello sólo sería cierto si efectivamente fuera la licitación pública un modo eficaz de evitar los hechos de corrupción, aserción que su actual formato no permite realizar, al menos no en forma tajante. Pero, aunque estos datos no sirvan por sí solos para afirmar que las posibilidades de desvío decrecen, sí muestran que es posible un rediseño del sistema que permita un control más directo y en tiempo real de determinados procedimientos —escapando en alguna medida al control *ex post* de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control 24.156— sin que por ello se requiera movilizar gran cantidad de recursos humanos o materiales por parte de los órganos de contralor.

“La selección del co-contratante para la ejecución de los contratos contemplados en el art. 4° de *este régimen se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público.*”

En realidad, y como quedó demostrado por los datos de la propia ONC, no es oro todo lo que reluce. **Se dice una cosa, se hace otra.**

5. La inflación del incumplimiento

5.1. El análisis dinámico

Todavía flota la sensación un tanto contradictoria de tener un sistema nacional en el cual el 71,5% de los procedimientos son hechos a través de la *contratación directa*, mientras que un 47,58% de los pesos gastados se canalizan por procedimientos distintos de la *licitación pública* y el *concurso público*.³⁴ Cabe dejar de lado por un momento este análisis de las *fotos* del problema para ver la *película* en movimiento. Es tiempo de preguntar qué muestra la tendencia.³⁵

³⁴ **El caso de la Provincia de Buenos Aires es más llamativo que el de la Nación.** Empezamos la Provincia por reconocer en los considerandos del decreto provincial 787/04 “que del informe correspondiente al ejercicio financiero 2001 surge que los procedimientos contractuales básicos, **licitaciones públicas y privadas, que promedian el 4%** de las actuaciones sometidas al control de legalidad de dicho organismo (menos de 130 licitaciones) y **representan sólo el 28% del gasto** (menos de \$ 55,0 millones), **no sólo se han visto desplazados por los procedimientos de excepción autorizados por la ley —contrataciones directas que han resuelto el 7% de los trámites (unos 270) y el 42% de la inversión (menos de \$ 42,0 millones)— sino y fundamentalmente por formas de contratación no autorizadas** (legítimos abonos - casi 3300 trámites), que generaron el 28% de las erogaciones, unos \$ 57,0 millones, **mediante el 86% de las actuaciones.**” Claro que, para resolverlo, no tuvieron mejor idea que echar nafta al fuego. Me explico.

La Provincia detectó un problema acaso más primitivo que el que enfrenta el sistema nacional. Los pagos por servicios prestados y por bienes provistos se hacían por mecanismos directamente ajenos a la norma en un 86% de los casos. En busca de una solución, es decir, en busca de traer esas desviaciones al *campo de juego* del sistema, las autoridades provinciales hicieron básicamente tres cosas: Prohibieron el desdoblamiento de procedimientos por medio del decreto 2698/04 (lo que merece aplauso, como he señalado en la nota 48), actualizaron —y establecieron futuras actualizaciones por índice de precios— los montos que sirven de techo a cada modalidad y reglaron la necesidad de contar con autorización y/o aprobación de autoridades superiores (Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios) para el inicio o conclusión de determinados procedimientos. Si bien estoy trabajando en un artículo que puntualmente analiza la situación en la Provincia de Buenos Aires, adelanto aquí algunas conclusiones. Se están importando del sistema nacional los vicios que señalé en este trabajo, al generar claros incentivos para que la migración de las operaciones extra-sistema hacia las *contrataciones directas sui generis*, a lo que se suman dos agravantes: La actualización por índices de los topes hará sustentable en el tiempo el mecanismo; y la necesidad de autorización por parte de autoridades superiores para las operaciones de mayor monto empujará hacia abajo los montos promedio por operación, para evitar las demoras que ello pudiera implicar.

³⁵ Debo aclarar en este punto que usaré datos correspondientes a 2006 que son, naturalmente, parciales a la fecha de elaboración de este trabajo. El lector deberá tener presente que si bien son base suficiente para mostrar una tendencia, ellos pueden no resultar del todo representativos del número final ya que puede haber una concentración de procedimientos de mayor monto en los meses finales del año que no aparezca todavía reflejada. De todos modos, importa ver el sesgo de las progresiones más que el dato preciso. En cualquier caso, actualizaré las cifras en trabajos futuros.

Para mejor responder esta pregunta es necesario hacer un poco de historia a partir de la serie de datos registrados en las bases públicas de la ONC. La información disponible hasta el momento se remonta al año 2001 y llega hasta nuestros días. Contar con una serie de estas características permite hacer, con las limitaciones del caso, un análisis del comportamiento en el tiempo de las variables que analizamos.

La primera salvedad que plantearé ya debe estar en la mente del lector. Entre finales de 2001 y comienzos de 2002, la Argentina vivió una crisis —cuyas causas no son objeto de estudio aquí— que sacudió, en mayor o menor medida, a todos los sectores de actividad. En lo que aquí interesa, se dieron algunas consecuencias en el plano económico, financiero y presupuestario que merecen ser destacadas.

En primer lugar, se produjo una importante devaluación del peso, del orden del 210%, en contraste con la habitual moneda de referencia, el dólar, lo que tuvo su impacto en el índice de precios. Veamos en la Figura 3 el comportamiento de la inflación mayorista de este período.

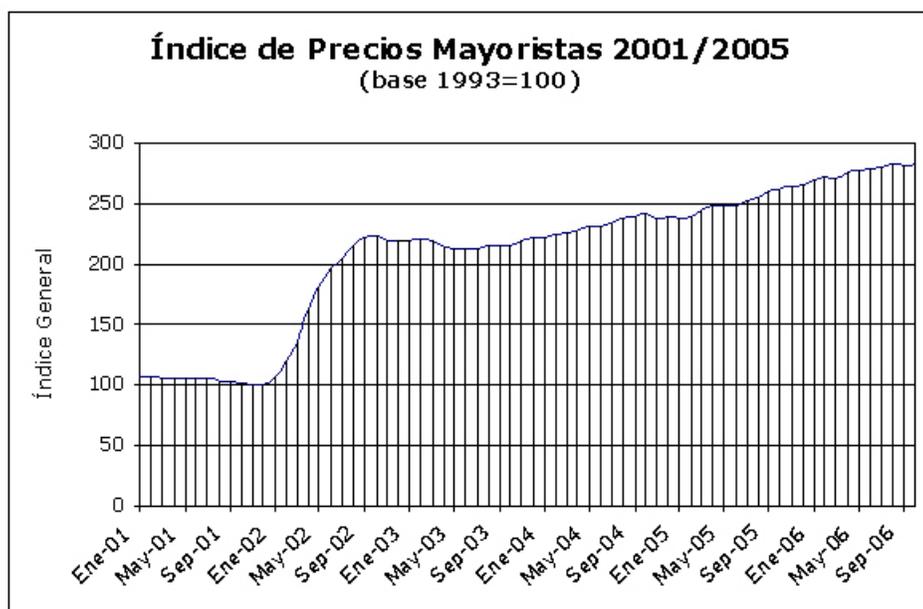


Figura 3

Fuente: Elaboración propia en función de datos del INDEC.

En segundo lugar, tras una baja inicial considerable en los niveles de actividad, en los ingresos fiscales y en el gasto consolidado —dentro del cual se encuentra el destinado a compras y contrataciones como las que estudiamos en este artículo,— vino una segunda etapa de crecimiento económico, seguido de

un igualmente pronunciado crecimiento de la recaudación y de una expansión del gasto en el sector público.³⁶

En este punto es importante introducir una segunda salvedad. Desde el 2000, año en el que vio la luz el decreto 436/00, no se modificó el monto por debajo del cual se admite la contratación directa: Sigue fijo en \$75.000.

Ya sospechará el lector mi siguiente pregunta: ¿Han impactado el nivel de depreciación del peso y la inflación en la capacidad de compra del Estado? Seguramente lo han hecho. Y si la devaluación y la inflación han impactado en la capacidad de compra del peso, ¿podemos suponer que con los mismos \$75.000 de 2001, hoy —despegados del dólar— el Estado puede comprar sólo un porcentaje menor del mismo bien que antes compraba?

Tomando las herramientas que brinda el INDEC, los \$75.000 de 2001 equivalen hoy, corregidos por el deflactor de precios mayoristas,³⁷ a \$25.756,5. Veamos con un ejemplo tomado de datos reales si estos índices se verifican en los hechos registrados por la ONC. Si en el año 2001, digamos julio, quería un organismo comprar una resma de hojas A4, la pagaba en pesos convertibles a un valor aproximado de \$3,25 la unidad.³⁸ Hoy, esa misma resma cuesta aproximadamente unos \$8,57.³⁹ Es decir, **con los mismos pesos de ayer, hoy se compran menos de la mitad de las hojas.**

No pretendo que este rústico cálculo y las consecuencias que de él se derivan sean extendidos sin más a la totalidad de las compras y contrataciones del Estado, porque no ha sido igual la incidencia de la caída del poder adquisitivo de la moneda para los bienes que para los servicios; tanto menos si analizamos los bienes de procedencia nacional en comparación con los de procedencia extranjera. Sin embargo, la evolución de la inflación ha afectado en mayor o menor medida a todos estos rubros y, casi sin excepción, a aquellos que involucran procesos industriales.

Luego de este introito, estoy en condiciones de afirmar que la merma en el poder adquisitivo de la moneda que afectó al Estado comprador hizo que el techo de \$75.000 que rige en la admisibilidad de las *contrataciones directas sui generis* sufriera una variación *de facto*. El sólo hecho de no haber actualizado el monto —a valores de hoy, la cifra debería haber alcanzado los \$218.400—⁴⁰ se convierte en una acertada (in)decisión de política pública,⁴¹ en tanto deja en

³⁶ SCIBONA, NÉSTOR, "El sueño de todo político," *La Nación*, 26-XI-06.

³⁷ El deflactor es, a la fecha, de 2,912 según el índice de precios internos básicos al por mayor. (IPIM.)

³⁸ Según Orden de Compra del Ministerio de Economía 91/01 del 6-VII-01, correspondiente a un procedimiento finalmente adjudicado a Ledesma S.A. (Fuente: ONC.)

³⁹ Según Orden de Compra del Ministerio de Economía 166/05 del 27-VI-05, correspondiente a un procedimiento finalmente adjudicado a Papelera Pergamino S.A.I.C.A. (Fuente: ONC.)

⁴⁰ Según deflactor IPIM en 2.912. (Fuente: INDEC.)

⁴¹ En contraste, la Provincia de Buenos Aires ha realizado ajustes al monto que regía este tipo de procedimientos desde la devaluación del peso. Ver nota 33.

manos del índice de precios lo que podría haberse hecho desde un principio, estableciendo un tope más bajo.⁴² Es que el grueso de las necesidades de compras y contrataciones del Estado no ha variado en su tipología o cantidad a lo largo de los años considerados, como los propios datos de la ONC reflejan.⁴³ La lógica indica que, cuando el mismo funcionario que en 2001 salió al mercado a buscar una determinada cantidad de resmas, salió cuatro años después, en 2005, en busca de esa misma cantidad, debió pagar más por ellas. Así, debió encontrarse mucho antes con el techo de los \$75.000 en gran cantidad de casos y debió pasar, al menos eso indican los datos de la economía, al siguiente escalón del sistema de compras y contrataciones: La licitación.

Si esta deducción es correcta —y los números parecen indicar que lo es— deberíamos estar en condiciones de verificar una merma relativa en la incidencia de las contrataciones directas respecto de los demás tipos de procedimiento de selección del contratista. Podrá preguntarse quien me acompaña en estas líneas si los datos respaldan esta deducción. Para responderle, presento a continuación la Figura 4 —en base a la información disponible para el período 2001/5— en la que vemos la evolución anual del porcentaje que representa la contratación directa respecto del total de procedimientos.

⁴² Así lo hizo por ejemplo la reciente ley 2.095 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que aprobó el más novel de los regímenes de compras y contrataciones. En su artículo 38, que rige en materia de *contrataciones menores* (tal la denominación adoptada para calificar este tipo de contratación directa), dispone que sólo serán admisibles siempre y cuando no se superen las 30.000 unidades de compra (hoy fijadas en \$1) y que no se realicen más de dos operaciones de este tipo en un mismo mes, ó 12 en el año.

⁴³ Para quien desee profundizar en el estudio de estas variables, ver las estadísticas anuales correspondientes a “Montos de OC por objeto de los 50 principales organismos” y “Montos de OC de los 20 principales rubros” en <https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/index2.asp>.

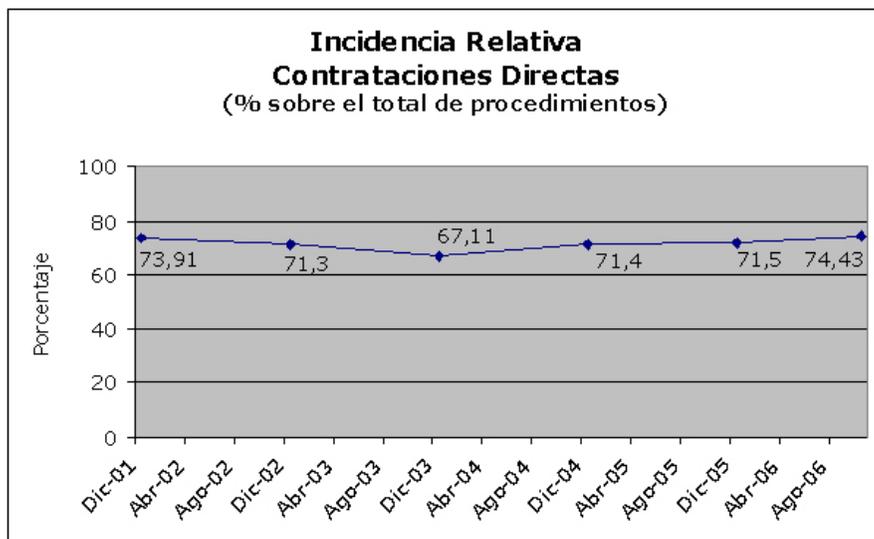


Figura 4

Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Como puede apreciarse a simple vista, lejos de caer, el porcentaje que representan las contrataciones directas (medidas en cantidad de procedimientos realizados por modalidad) se ha mantenido relativamente estable año a año, incluso con una leve tendencia al crecimiento. Esta tendencia es incluso más marcada si se toma el período en el que se considera que Argentina ya había salido de la crisis: Entre 2003 y 2006, la incidencia de las contrataciones directas pasó del 67,11% al 74,43%. En suma, esto quiere decir que las contrataciones directas, lejos de menguar, **han aumentado su participación en la torta de los procedimientos de selección del contratista en un 10,43%**.

Mientras tanto, tomando nuevamente el período 2003 al 2006, los datos de la ONC demuestran que las licitaciones públicas pasaron de representar un 12% de los procedimientos concretados en 2003, a un 8,53% en 2006. Nuevamente, para evaluar la tendencia, debemos decir que **en los últimos tres años la incidencia de la licitación pública en el total de los procedimientos de contrataciones registrados ha disminuido un 40,68%**.

Veamos ahora (Figura 5) qué pasa con los valores promedio por operación en las modalidades de selección del contratista que venimos comparando y en el total de operaciones del sistema, es decir, la resultante de dividir los montos pagados por cada modalidad por la cantidad de procedimientos realizados en cada período considerado.

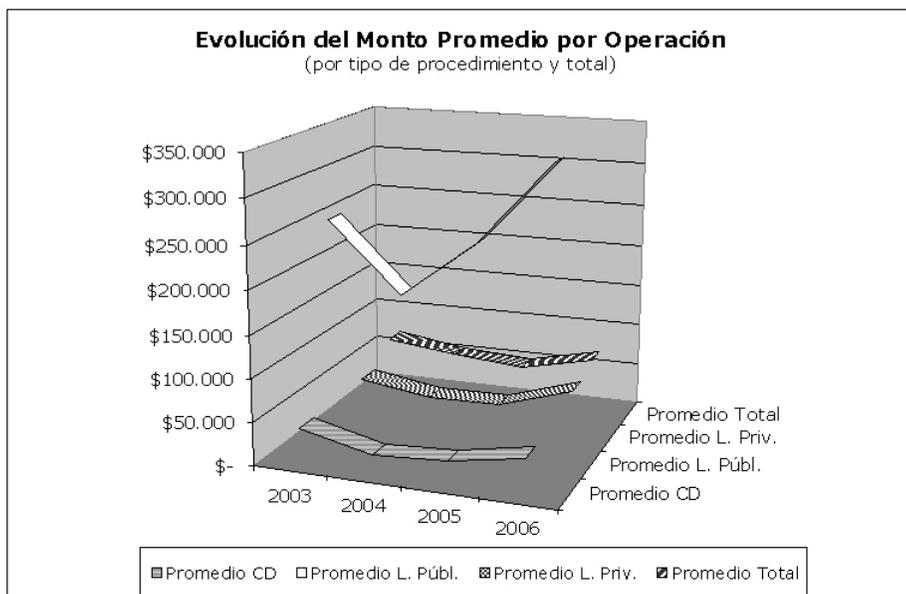


Figura 5

Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

Estos datos parecen indicar que la adopción de la contratación directa —*sui generis* o *propriamente dichas*— o la licitación pública como herramienta para la selección del contratista no está determinada por el monto que las normas fijan como bisagra, sino por otras razones no escritas pero igualmente presentes. Vemos claramente que, mientras el monto promedio de la licitación pública aumenta —pasó de \$257.519 en 2003 a \$338.279 en 2006, reflejando en alguna medida el impacto inflacionario,— el de las contrataciones directas no lo hace (en 2001 era de \$41.230 y, según datos de 2006, es de \$40.182) y se ubica cerca del punto medio de la banda en que resultan admisibles (\$0/\$75 mil).⁴⁴ Ni siquiera aumentó significativamente el monto promedio de las licitaciones privadas. (\$43.093 en 2003 a \$57.397 en 2006.) Digámoslo más simple: Los procedimientos que tienen un tope que gatilla la exigencia de mayores requerimientos de trámite se han mantenido misteriosamente estables por debajo de su límite o con poco margen de crecimiento, mientras que la licitación pública ha reflejado un crecimiento en el promedio más consistente con la variación de precios de la economía.

Pero corresponde aquí reflejar una nueva tendencia, igualmente preocupante y consistente con los datos que acabamos de presentar. Recordará el lector que, al momento de iniciar este recorrido gráfico, presenté (Figura 1) una serie de datos

⁴⁴ Con la salvedad, claro está, de las contrataciones directas *propriamente dichas*, que pueden superar estos montos, lo que sólo serviría para subir el promedio, reforzando en alguna medida la conclusión.

que reflejaban la incidencia de las contrataciones directas y las licitaciones públicas, tomando como base de medición los pesos gastados por cada una de esas modalidades en el período considerado. Decía, analizando la foto de 2005, que la licitación pública representaba en el total de pesos gastados por modalidad un 50,15%. Veamos ahora la película.

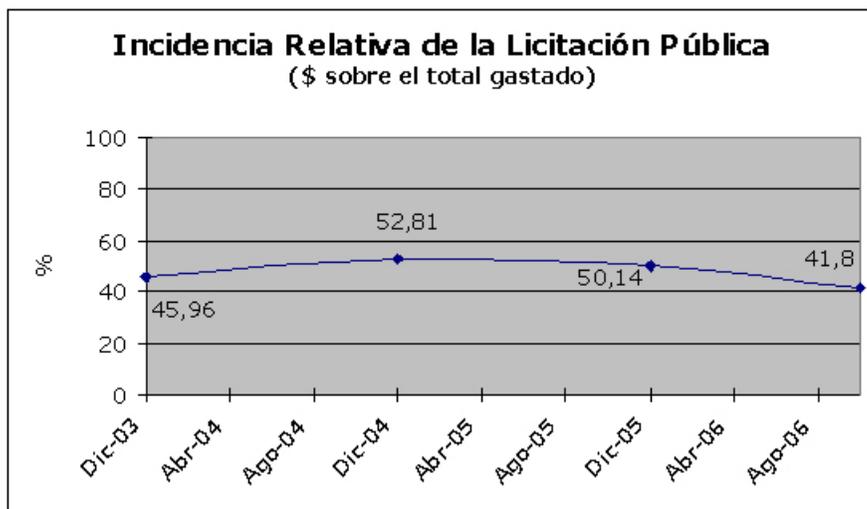


Figura 6

Fuente: Elaboración propia en función de datos de la ONC.

El gráfico nos muestra que, tomando como punto de partida el año 2003, la incidencia de las licitaciones públicas medidas por monto tuvo un primer impulso ascendente (vemos que llegó a un pico de 52,81% en 2004) para recobrar luego la tendencia a la baja llegando, en lo que va de 2006, a **un piso del 41,8%**.

Podríamos decir que la curva de incidencia por montos se va acercando a la curva de incidencia por cantidad de procedimientos, lo que no hace más que confirmar la tendencia general del sistema. Se lo mire por donde se lo mire — estática o dinámicamente, — la *licitación pública* no es la regla general; la regla general es la ***contratación directa***.

5.2. Corolarios

Aunque sería trabajo para economistas hacerlo con toda la precisión del caso, podemos tomar por cierto que existió la devaluación y que ella impactó en el poder adquisitivo de los pesos del Estado. Mientras tanto, el tope de \$75.000 se mantuvo constante. Si esta fluctuación en una de las variables —el poder

adquisitivo— no ha producido un efecto al menos del mismo signo⁴⁵ en la otra variable —la incidencia de las contrataciones directas,— es porque algo está ocurriendo al interior del sistema que distorsiona el resultado esperado. Puedo imaginar alguna respuesta. Seguramente el lector también.

Si no han caído las contrataciones directas en un contexto como el señalado, es probable que ello se deba a que, en cierta medida, las distintas jurisdicciones estén forzando los diseños de los pliegos, es decir, las cuantificaciones o las cualificaciones de la necesidad a satisfacer, para seguir cayendo dentro del tope de los \$75.000, a pesar de todo.

En blanco sobre negro: O se están desdoblando las licitaciones para que el compromiso preventivo de presupuesto esté por debajo del tope; o se están realizando justiprecios por debajo de la realidad de mercado para lograr encajar la compra en la modalidad de contratación directa; o se está acudiendo más allá de lo debido a las excepciones que permiten realizar contrataciones directas propiamente dichas y, de entre ellas, la más usada, la contratación directa por razones de urgencia.

Tratemos de ponernos en los zapatos del Director de Contrataciones de una dependencia “X,” a quien su autoridad superior le dice: “Tenemos que apurar la compra de librería porque empezamos un programa nuevo y no va a alcanzar lo que tenemos.” Nótese que no estamos ante motivaciones espurias. El Director pide de inmediato las especificaciones para incorporar al pliego y, al pedir los presupuestos que sirven de base para calcular el compromiso preventivo de presupuesto que debe hacerse, detecta que el precio del total de la compra sería de \$85.000. Siguiendo las normas, debería aprobarse un llamado a *licitación privada*.⁴⁶

Sin embargo, pesa sobre el funcionario de carrera la presión del funcionario político y, llegado el caso, de sus propios compañeros de trabajo que necesitan el material para trabajar. En este contexto, del que las normas no hablan y al que tampoco ofrecen soluciones, es probable que el Director de Contrataciones acuda a alguna de las operaciones siguientes, que forman parte del día a día de la administración que tampoco se enseña en los libros, o se enseña poco.⁴⁷

La primera opción “disponible” es la de desdoblar la compra. Si estaba programado comprar hojas A4, blocks esquila y lápices, el Director de Contrataciones

⁴⁵ Si bien podría alguien sostener que muchos de los procedimientos que caían dentro de la banda de las contrataciones directas antes de la devaluación presentaban justiprecios que, aun siendo corregidos por inflación, no superarían el techo de los \$75.000, lo cierto es que este argumento no alcanza para conmovir la conclusión a la que arriba. En efecto, aplicando el deflactor de precios mayoristas (ver nota 36) podríamos aventurar que sólo en procedimientos justipreciados antes de la devaluación en menos de \$25.756,5 sería razonable esperar hoy que no se excediera el tope de \$75.000. El lector compartirá entonces que, al menos, deberíamos ver ese cambio de signo en la tendencia al que me refería, cosa que —en los hechos— no se ha verificado.

⁴⁶ Conforme lo dispone el artículo 22(b) del decreto 436/00.

⁴⁷ Con honrosas excepciones. Por todas, GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 2001, 1ª ed., 3ª reimpresión. Versión como *e-book* que puede ser consultado gratuitamente en <http://www.gordillo.com/tomo6.html>

probará qué ocurre con el monto presupuestado si separa los blocks del resto de la compra. Si de ese modo se logra, por ejemplo, una compra de hojas y lápices por \$ 65.000 y una de blocks por \$20.000, se ha logrado el objetivo: Nacerán sin cesárea dos *contrataciones directas*, cuando las normas hubieran exigido una única licitación para la compra de elementos de librería.

También se desdobra por cantidades. Se compra una determinada cantidad de cada uno de estos ítems en enero y, luego de justificarlo con los consabidos defectos en la forma y en el fondo del acto que lo haga, se llama a una nueva contratación directa en octubre. Otra alternativa sería conseguir un presupuesto que permita colocar el procedimiento dentro de los \$75.000 y que, luego de dirimido el procedimiento, se termine adjudicando por un monto mayor a esa cifra.⁴⁸

Por último, es también moneda corriente acudir al trillado argumento de que la compra es urgente aunque no lo sea y de que no pueden seguirse los carriles normales, aunque puedan y deban ser seguidos. Ello habilitaría —siempre y cuando el sustrato fáctico fuese cierto, claro— la tramitación por *contratación directa propiamente dicha* por razones de urgencia.

Cualquiera sea el caso, estaríamos ante la violación de normas vigentes — como el artículo 51 del propio decreto 436/00—⁴⁹ que prohíben prácticas como el desdoblamiento o el falseamiento de las circunstancias de urgencia.⁵⁰ También se violarían principios igualmente aplicables a las contrataciones del Estado⁵¹ y que no resultan disponibles ni para el funcionario político ni para el de línea.

Pero sería realmente improductivo centrar la atención en una administración o en un organismo, creyendo que en la condena fácil está la respuesta, sin comprender que subyacen causas más profundas que la mera voluntad de uno o cien funcionarios. Como dijimos, son las señales del sistema.

⁴⁸ Claro que aquí haría falta contar con algún amigo que, luego de mandar el presupuesto, no presente su oferta, o con un presupuesto apócrifo.

⁴⁹ El artículo 51 del decreto 436/00 dispone que “[n]o se podrá fraccionar una contratación con la finalidad de eludir la aplicación de los montos máximos fijados en el presente Reglamento para los procedimientos de selección. Se presumirá que existe desdoblamiento del que serán responsables los funcionarios que hubieran autorizado y aprobado los respectivos procedimientos de selección, cuando en un lapso de TRES (3) meses contados a partir del primer día de la convocatoria, se efectúe otra convocatoria para seleccionar bienes o servicios pertenecientes a un mismo rubro comercial, sin que previamente se documenten las razones que lo justifiquen.” En mis años en la función pública no tuve la suerte de conocer a alguien que haya sido imputado por violación a este artículo, aunque no puedo descartar que existan por doquier. También merece mención la tardía —no por eso menos necesaria— decisión de la Provincia de Buenos Aires de erradicar el desdoblamiento en materia de compras del Estado, copiando el criterio nominalmente sostenido por la Nación en esta materia. (Ver Decreto 2698/04 y el comentario que hiciera de esta norma PULVIRENTI, citado en nota 1.)

⁵⁰ Artículos 25(d.5) del decreto 1.023/01 y 26(d) del decreto 436/00.

⁵¹ Transparencia, libre concurrencia, eficiencia, igualdad entre los oferentes; entre otros adoptados por las normas citadas. Ver capítulo 1 y nota 6.

6. *Las palabras y las cosas*⁵²

Hemos visto lo que se declama y hemos visto lo que dicen los números. También hemos visto que el fenómeno está en franco crecimiento. El siguiente paso, ineludible para quien analiza la cuestión, es preguntarse el porqué de esta tensión entre las palabras y las cosas.

6.1. *Los perversos incentivos del sistema*

Para entender las razones de esta tergiversación del sistema creo que es imprescindible atender los incentivos que él mismo brinda para que esta situación no sólo se mantenga, sino que crezca en las proporciones indicadas.

Intuitivamente, se podría pensar que, en los hechos, algunos principios de las contrataciones del Estado priman sobre otros. Sería esta, en ese contexto, una consecuencia de la tensión entre el complejo *eficacia - eficiencia*, por un lado, y el no menos importante *publicidad - libre concurrencia - competencia - transparencia*, por el otro. Alguien podría decir que la búsqueda de celeridad en la tramitación terminó forzando los principios que surgen de la reglamentación hasta hacer de la *contratación directa* la estrella del sistema.

Como he dicho antes de ahora, la presión que enfrentan los funcionarios a cargo de la ejecución presupuestaria por los apuros de la política dan poco margen de decisión en la elección de una modalidad de selección del contratista distinta de la *contratación directa*, cuando el monto así lo habilita. El sistema empuja. Caer, entonces, en el trillado recurso de cargar todas las tintas sobre el funcionario político o sobre el funcionario de línea a cargo de las compras y contrataciones sería tan inútil como tapar el sol con la mano.⁵³ Cualquiera que se haya desempeñado

⁵² Cualquier identificación de este capítulo con las cuestiones tratadas por FOUCAULT en su libro homónimo es estrictamente intencional. En aquel trabajo (como en otros que forman la obra del autor) FOUCAULT planteó su tesis de que en cada período histórico se dan condiciones que determinan todo lo que en una época, y para esa época, es y existe, lo que es aceptable y lo que no lo es, lo que es válido y lo que no. Así, cada época se caracteriza por una *episteme* particular, que no sólo es un *a priori* de los sujetos y de los objetos sino que los forma y produce. En esta misma línea, estas *epistemes* (contingentes, históricas y variables) dan lugar a diferentes regímenes de verdad, estructuras perceptivas, códigos culturales y formaciones discursivas. Es en virtud de esto que decimos que el discurso siempre está determinado (incluso producido) por estas estructuras epistémicas. Y es por esto también que la relación entre las palabras y las cosas no es nunca transparente, sino que esas *epistemes* de las que hablamos median entre el orden del discurso y el orden empírico. De aquí que las diferentes épocas lean distinto, cuenten distinto, hablen distinto, vean distinto. Y esto es así, por mucho que las personas quieran creer que sus prácticas discursivas son libres o que están determinadas sencillamente por algún tipo de objetividad de lo real. (Ver, entre otros trabajos de este autor, FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI editores, México, 2002 y *Arqueología del Saber*, Siglo XXI editores, México, 1984.)

⁵³ NIETO GARCÍA ha dicho con acierto que “la corrupción no es nunca una actividad individual aislada, sino un elemento de un sistema que la condiciona. Y aquí es donde aparecen determinados obstáculos que provocan el fracaso de los intentos bienintencionados de combatir la corrupción como si fuera el simple comportamiento aberrante de unos funcionarios aislados.” NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, “La función pública y la corrupción,” en REIRIZ, MARÍA GRACIELA (coord.), *Derecho Ad-*

con probidad en la función pública bien sabe que las presiones no siempre vienen de la mano de la corrupción, que por sí sola no sirve para explicar la ocurrencia de un fenómeno de estas características.

Muchas veces, el funcionario político, quien responde por la conveniencia y el mérito de la contratación, pero en sus hombros siente el peso de la oportunidad, presiona sobre el funcionario de línea —quien responderá por la legitimidad del procedimiento— para acudir al mecanismo que pueda lograr el resultado esperado con más celeridad. La ley o, mejor dicho, los decretos permiten acudir a la *contratación directa* —*sui generis, propiamente dicha* o de *trámite simplificado*— con una laxitud que deja poco margen de escapatoria en el caso concreto. Y cuando esa laxitud no alcanza, aparece la “creatividad” en la definición de los pliegos para calzar de todos modos en el campo de la contratación directa, como sugieren los números que presenté en el capítulo 5.

Enunciaré a continuación sólo algunos de los incentivos que brinda el sistema para dejar de lado las licitaciones en su formato actual.

6.1.1. *Los tiempos de la licitación*

Uno de los principales incentivos para evitar las licitaciones que se presenta a diario a quienes deben aprobar la modalidad de selección del contratista en el caso concreto es la demora en arribar a un resultado concreto una vez iniciadas.

Desde la formulación del pedido por la unidad requirente hasta la recepción del bien, obra o servicio contratado por la comisión de recepción **pueden pasar meses**. Y ello no se explica tan sólo por las dilaciones de trámite a las que lamentablemente nos tiene acostumbrados la administración, ya que en muchos casos son los propios empleados de la jurisdicción los que sufren los efectos de la demora en concretar la compra o contratación. La espera entre avisos (cuando deben publicarse), la antelación requerida respecto de la apertura, exigencias de documentación que sólo debería ser pedida a los adjudicatarios, las idas y vueltas para completarla a pedido del licitante, la preparación del cuadro comparativo, las demoras en la intervención escalonada de los integrantes de la comisión evaluadora, las vistas e impugnaciones, la intervención del servicio jurídico son eslabones que, individualmente considerados, pueden parecer desde tolerables hasta imprescindibles en las compras del Estado, pero es en la cadena completa que los bemoles de la *licitación pública* dan pie al desvío señalado.

La presión por contar cuanto antes con el bien o servicio por el cual se ha iniciado el procedimiento, sea por la demanda de sus destinatarios, o por la proximidad del cierre de ejercicio antes del cual debe estar devengada la totalidad del crédito

presupuestario,⁵⁴ debe encontrar una respuesta dentro del sistema, o ella será encontrada por fuera de sus principios, o directamente de sus previsiones expresas.

Desde ya, para quienes elijan el camino de la corrupción o la desviación de poder, no habrá otra respuesta que la penalización que el sistema sancionatorio de la función pública y el Código Penal ofrezcan. Pero entiendo que buscar mecanismos alternativos **dentro de la licitación pública**, que mejoren la capacidad de respuesta de las unidades operativas de contrataciones, puede traer respuesta para quienes se ven —aun siendo funcionarios probos— en la necesidad de caminar más veces de las que querrían en las orillas del sistema.⁵⁵

Si bien no es objeto de este trabajo⁵⁶ analizar y proponer nuevas modalidades de gestión de las compras y contrataciones, me parece imprescindible llamar la atención sobre algunos puntos que permitirían aminorar en importante proporción el grado de desvío antes señalado.

Uno de los grandes problemas que presenta nuestra regulación en esta materia es, a mi criterio, pretender asimilar compras y contrataciones que presentan rasgos distintivos completamente disímiles, perdiendo las ventajas que esas diferencias pueden brindar a la hora de diseñar los procedimientos correspondientes.⁵⁷ Cada tipo de bien o insumo responde a lógicas de mercado completamente diferentes. No será lo mismo comprar computadoras ensambladas, para las que se requiere un análisis pormenorizado no sólo de la configuración general sino también de cada uno de los elementos que las integran, que comprar resmas de papel A4 o mariposas para expedientes.

La compra de insumos fungibles como los que mencioné en última instancia permitiría acudir a sistemas mucho más avanzados que el sistema de compras electrónicas previsto por las actuales normas,⁵⁸ acotado todavía en su alcance.⁵⁹

⁵⁴ Este fenómeno tiene principal relevancia, puesto que nuevamente pone de manifiesto un perverso incentivo: Aquellas jurisdicciones que no llegan a adjudicar, librar la orden de compra y recibir la factura que permite hacer el devengado correspondiente, pueden enfrentarse al riesgo de perder crédito presupuestario.

⁵⁵ Como ha dicho MAIRAL con acierto, “[e]l Estado argentino ha llegado a ser el principal incumplidor de las leyes que él mismo dicta. No nos referimos aquí a la violación de la ley por funcionarios inescrupulosos con fines espurios. Si bien, obviamente, el fenómeno existe, es poco importante frente a otra conducta oficial que se observa casi cotidianamente: La violación de la ley por el Estado persiguiendo, con sinceridad, finalidades públicas.” (MAIRAL, *Las raíces...*, *op. cit.*)

⁵⁶ Aunque sí de otros futuros.

⁵⁷ En palabras de MAIRAL, “el Régimen de Contrataciones magnifica el principal defecto de la teoría del contrato administrativo, que es el de la indebida generalización. En lugar de reglar cuidadosamente cada una de las principales figuras contractuales que utiliza el Estado, y calibrar discriminadamente las prerrogativas que la Administración necesita en cada caso para asegurar el cumplimiento de sus cometidos, se han previsto las prerrogativas máximas que el Estado puede invocar y se las ha declarado aplicables prácticamente a todos los contratos que él celebra.” (MAIRAL, “La teoría...” *op. cit.*, p. 17.)

⁵⁸ Según surge del artículo 26 del decreto 436/00, si este mecanismo realmente fuera una opción, sería de aplicación prioritaria en compras por menos de \$75.000. No es lo que pasa.

⁵⁹ Al analizar los artículos 21 y 22 del decreto 1.023/01 y 118 y ss. del decreto 436/00 que rigen en materia de compras informatizadas, se entienden cabalmente las razones de su falta de aplicación

La Argentina ha logrado establecer precios “spot” para la compraventa de megavatios de electricidad: ¿Cómo no va a ser posible lograr mecanismos similares para la compra de algunos —no todos— de los insumos habitualmente comprados por el Estado? Y no hará falta más que contar dentro del organismo de que se trate con crédito presupuestario disponible, con la decisión de afectarlo y un sistema informático centralizado que apareje demanda con ofertas, sancionando el precio y el oferente adjudicado en cada caso, en tiempo real.⁶⁰ No hablamos de comprar un reactor nuclear: Hablamos de compulsar los precios de artículos de fácil categorización tales como hojas, bolígrafos, lápices, clips, para los que incluso existen normas de estandarización industrial (ISO, IRAM, etc.) a las que se puede acudir para simplificar el procedimiento reposando en las certificaciones obtenidas. No debería ser tan complicado si existiese la real voluntad de concretarlo.

Mientras mantengamos formatos anquilosados y de pretendida aplicación universal a todas las compras del Estado, sin aprovechar las características diferenciales de los productos procurados con asiduidad, el tizne de lentitud, ineficacia e ineficiencia que hoy cubre a la *licitación pública* se mantendrá incólume hasta el punto de quedar inescindiblemente adherido. GORDILLO lo ha dicho con claridad: Se corre el riesgo —ya vivimos sus consecuencias— de que la licitación pública quede asociada con “una indebida connotación emotiva, totalmente superflua y negativa, de excesivos formalismos, pérdida de tiempo, engorrosos trámites [...] Todo lo que hace a formalismos, formulismos, complicaciones, etc., no son sino distorsiones propias de las burocracia, para nada imputables al procedimiento mismo de selección competitiva y pública de ofertas.”⁶¹ Debemos reformular la licitación pública, no arrumbarla en los hechos mientras la ponderamos en las palabras.

real. Es incluso más complicado de comprender que el ya barroco sistema tradicional y no evita, en lo fundamental, grandes pasos. Como bien se ha dicho, “debemos admitir que los avances hasta la fecha han sido parciales. En primer lugar, a pesar de haber transcurrido casi cinco años desde el dictado del Decreto N° 1.023/01, la regulación integral prevista en el Artículo 22 se encuentra aún pendiente de sanción, al igual que muchas de las normas previstas en la reglamentación de la Ley de Firma Digital.” (CORRÁ, MARÍA INÉS, “Breves apuntes sobre la contratación pública electrónica,” *RAP* 334:50.) Esperemos que el reciente decreto 1818/06 sirva de base para una más generalizada aplicación del sistema de compras informatizadas, aunque más no sea para las contrataciones directas por trámite simplificado. Los datos de la realidad me obligan a ser cauto en mis expectativas a este respecto.

⁶⁰ La redacción de los artículos 21 y 22 del decreto 1.023/01 no hace necesaria una reforma del régimen para concretar nuevas alternativas para la selección del contratista, ya que expresamente difirió la cuestión a la reglamentación que, en términos efectivos, nunca llegó.

⁶¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.2, *La defensa del usuario y el administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. XII, § 2, p. XII-6.

6.1.2. *La publicidad, enemiga de la Publicidad*

Tal vez el título elegido pueda parecer extraño al lector, pero pido su indulgencia para explicarme. Muchas veces, la valía indudable de los principios que se enuncian en las normas, al momento de encontrar su reflejo en la realidad, termina desdibujada.

La *Publicidad* es un principio esencial de las contrataciones del Estado, por cuanto a partir de ella se logran dos objetivos primordiales: (i) La posibilidad de controlar los actos de gobierno (entendidos como actos de cualquiera de los tres poderes); y (ii) la mayor concurrencia de oferentes que derivará —en un contexto normal— en mayor competencia, mejores ofertas y mejores precios.

A veces, por los tiempos que insume llegar a publicar los avisos; a veces por la inutilidad de los medios previstos en la norma; a veces, porque termina encareciendo el procedimiento sin por ello lograr los resultados esperados, la herramienta elegida para cumplir con el principio de *publicidad* se convierte en su peor enemigo.

Recuerdo de mi paso por la administración pública las épicas corridas para llegar a publicar en tiempo los avisos exigidos por las normas. No es tarea sencilla. Es que hay que hacer en tiempo y forma el trámite que libere los fondos para el aviso, ¡como si los trámites propios de la selección del contratista no alcanzaran! Y, en definitiva, la sensación que queda a cualquier funcionario que haya tenido contacto con el sistema de compras y contrataciones no es otra que la de haber cumplido con un mero ritualismo del que no derivará la presentación de más ofertas. Sería tanto más efectivo hacer de www.argentinacompra.gov.ar un verdadero portal de compras del Estado, este sí publicitado agresivamente por medios masivos de comunicación.⁶² Hoy no lo es.

Se concentrarían de este modo los esfuerzos comunicacionales y de verdadera publicidad en la herramienta misma,⁶³ el portal, efecto que se trasladaría al sistema completo y a cada compra publicada en él. Claro que ello debería venir precedido de un mecanismo que haga imposible realizar un procedimiento de selección del contratista sin la previa publicación en Internet, cosa que hoy no ocurre con eficacia. Bastaría con que el sistema que permite realizar la afectación preventiva y el compromiso presupuestario —sin el cual no se puede realizar el llamado— exigiera una clave de validación que entregara la ONC al encontrar publicado en su página el aviso. Este tipo de mecanismo no es exigido por el *novel* decreto 1818/06 que vino a imponer la obligatoriedad del sistema para los

⁶² GORDILLO ya protestaba en este sentido en 2003, en su *Tratado de derecho administrativo*, t.2, *La defensa del usuario y el administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ª ed., cap. XII, § 3, p. XII-10. La publicidad que hoy se realiza en algunos diarios digitales no alcanza y difícilmente ello suceda si, una vez que el usuario ingresa al portal, los accesos a la información no son ágiles.

⁶³ Imagine el lector la publicidad que podría realizarse si se concentraran los millones que se gastan por año en cumplir con publicidades rituales en la efectiva difusión del portal de la ONC.

trámites simplificados. También sería necesario un diseño más amigable del portal de la ONC, que hoy no lo tiene.

Pero a las demoras que genera la mera publicación de los avisos, se suma un desincentivo acaso más fuerte: El costo. Un aviso de 3 columnas (10,4 cm.) por 10 cm. en el suplemento económico de *La Nación* del día domingo cuesta entre \$6.818 y \$10.398. El mismo aviso en la sección principal del diario cuesta entre \$8.855 y 15.803. Si esta misma publicación se hiciera en *Clarín*, los costos estarían entre los \$15.504 y \$30.244.⁶⁴ A estos se suman los costos de publicación en el Boletín Oficial que, contrariamente a lo que el imaginario pueda indicar, no es gratuito para las jurisdicciones de la administración y tampoco para quien lo consulta, salvo durante el día mismo de su publicación y únicamente por Internet.⁶⁵

Imaginemos una compra por licitación pública que se ubique en el piso de las bandas admitidas. (\$300.000.) Se exige, en este caso, la publicación de avisos en dos diarios de circulación nacional, por los cuales deberán pagarse los precios que he presentado a modo de ejemplo. Cumplir con la publicidad en la modalidad exigida representaría un sobre-costo aproximado del 10% del precio de la contratación.

Cada repartición trata de preservar para aquello que sus autoridades consideran más importante las partidas que se le asignan y, en caso de destinar dinero a publicidad,⁶⁶ seguramente preferirán hacerlo en acciones de mayor impacto que la compra de materiales de limpieza o la refacción de la sala de calderas. Desconocer esta realidad no tiene sentido práctico.

Es así que llego al título de este acápite. Tengo la impresión de que muchas de las herramientas de publicidad previstas en las normas comentadas son *pour la galerie* y no hacen más que servir de relleno en los considerandos de los actos de adjudicación. Son engorrosas y demoran innecesariamente la incorporación del bien, la provisión del insumo o la prestación del servicio, haciendo menos atractivo el procedimiento que los exija. Encima son caras. Se convierte así a la publicidad, paradójicamente, en el principal enemigo de la *Publicidad*. Es tiempo de pensar en mejores herramientas de comunicación que sirvan el propósito de acrecentar la participación de oferentes en las licitaciones y de invitar a un mayor control social, que de eso se trata todo esto.

⁶⁴ Datos del 29-XI-06 obtenidos de una importante agencia dedicada a la venta de espacios publicitarios que trabaja con el sector público.

⁶⁵ Recientemente se ha adoptado un primer paso en el sentido de hacer accesible el Boletín Oficial a la población, con la habilitación gratuita en su sitio de Internet (www.boletinoficial.gov.ar) de la edición del día. Parece mentira que el órgano de difusión por antonomasia, aquél del cual depende que se presuman conocidas las leyes y normas vigentes, no sea de acceso absolutamente gratuito y sin limitación temporal. Puedo llegar a comprender que se cobre la versión papel, pero nada en el mundo podría justificar el acceso arancelado por Internet. El sentido común lo impide.

⁶⁶ La forma en que las jurisdicciones deben solicitar la publicación de avisos en la administración centralizada merecería un artículo por sí misma.

6.1.3. *Mejor malo conocido, que bueno por conocer*

Muchas veces el motor para la elección de un mecanismo distinto de la licitación puede ser el de evitar caer en manos de un contratista poco confiable en términos de calidad, tiempos de entrega, capacidad logística, etc. Recurrir, entonces, a la *contratación directa sui generis* o a la lisa y llana *contratación directa* por alguna de las razones que la habilitan, puede ser la forma de evitar que aparezcan en escena jugadores “complicados” que, a no dudarlo, existen y muchos en el sector privado.

Alguien podría preguntarse cómo es que esta situación puede ser achacada al régimen de compras y contrataciones. Le contesto: Es a partir de pésimos sistemas de sanción de los contratistas incumplidores y de la registración de esas sanciones que debería servir de base para futuros procedimientos, que difícilmente sirven de herramienta para proteger al organismo —mucho menos a los funcionarios honestos— de los aventureros. Lo han logrado distintas empresas que brindan informes de riesgo y el propio Estado en materia crediticia y financiera, pero nunca lo han logrado los organismos licitantes.

Para colmo, si algún funcionario con las mejores intenciones llegara a excluir a un mal contratista al momento de la calificación de ofertas, seguramente soportará que todo el procedimiento a su cargo quede demorado en su resolución final por la presentación de escritos, medidas cautelares y hasta alguna denuncia penal, siempre útiles para dirimir procedimientos de selección del contratista. Preferirá el funcionario dejar sin efecto el procedimiento, si es que está a tiempo, o soportará junto con todos nuestros bolsillos los efectos de una mala contratación, antes de meterse en semejante berenjenal. Claro que la motivación del acto nada dirá al respecto.

6.1.4. *El abuso de las excepciones*

Hemos visto sólo algunos de los incentivos que se presentan para evitar la licitación en el sistema nacional de compras y contrataciones. Pero de nada servirían esos incentivos si no existiera una multiplicidad de vías de escape disponibles.

A la *contratación directa sui generis* y a la de *trámite simplificado* que ya hemos analizado se suman otras alternativas: La contratación directa entre organismos del Estado, aquella otra prevista para los contratos con las Universidades nacionales,⁶⁷ o el régimen de contratación directa preferente que rige —mientras dure la emergencia declarada por ley 25.561—⁶⁸ para el Ministerio de Desarrollo Social,⁶⁹ son algunos de los ejemplos de las vías adicionales de escape que exis-

⁶⁷ Según la reforma del decreto 1023/01 introducida por el decreto 204/04.

⁶⁸ La emergencia sigue vigente hoy, en pleno *boom* económico, por imperio de la ley 26.077. Todo indica que, en breve, será nuevamente prorrogada.

⁶⁹ El decreto 687/02 autorizó al Ministerio de Desarrollo Social, “mientras dure la emergencia pública en materia social declarada por ley 25.561, a contratar en forma directa la provisión de

ten, allí donde la voluntad política está presente. Ojalá se dedicara igual grado de creatividad para clarificar y simplificar útilmente el sistema en su conjunto.

6.1.5. *Las alternativas extra-sistema*

Pero aún si no alcanzaran las opciones dentro del sistema, se puede ir por fuera. Cada vez son más las formas por las que se gasta dinero público sin siquiera pasar por el sistema de compras y contrataciones del Estado. Desde las empresas en las que el Estado se ha involucrado, pasando por los entes cooperadores y llegando a los fideicomisos para desarrollo de infraestructura, se han creado infinidad de unidades “fantasma,”⁷⁰ en las que las normas brillan por su ausencia.

Cuando se contrata con “éxito” por fuera del sistema y se lo hace sin las “trabas” que impone la contratación pública, se les dan señales de aliento a quienes están dentro de la administración para seguir los mismo pasos. Es un proceso en franco crecimiento. Si, además, el tipo de tareas que estas estructuras tienen a su cargo requieren —como es el caso— de contrataciones por importantes sumas de dinero, vemos el tamaño del entuerto.

No se trata de impedir la creación de figuras más aptas para el cumplimiento de cometidos públicos. Se trata de crear **también** mecanismos de compras y contrataciones acordes con esas necesidades sin que ello suponga abstraerlos de los principios que rigen el manejo de dinero de los contribuyentes.

6.2. *Las palabras bajo la alfombra*

Otra de las cuestiones que los capítulos precedentes no alcanzan a explicar es la necesidad de moldear la realidad con el lenguaje, trocando la *licitación pública* por la *contratación directa* o la *licitación privada*.

Veamos. La **contratación directa sui generis**, según las normas que la rigen,⁷¹ es un procedimiento por el cual se invita puntualmente a proveedores habituales a presentar ofertas antes de una fecha límite, cumplida la cual se realiza el consabido acto de apertura, reflejado en un acta, con la presencia de quienes quiera se hayan enterado que esto ocurría. Cumplido este paso, se elabora el cuadro comparativo, se expide la comisión evaluadora y, luego de la compulsión, se preadjudica la contratación. Impugnaciones mediante, si es que las hubiera,⁷²

aquellos bienes y servicios necesarios para paliar las situaciones derivadas de la misma, que pudieran existir actualmente en el país o producirse en el futuro.” El mecanismo prevé la invitación por medio fehaciente a 3 proveedores habituales, siguiendo la línea marcada por la reglamentación para las *contrataciones directas sui generis*. Naturalmente, se exige una justificación suficiente mediante acto fundado, mecanismo complementado por la revisión previa al acto de adjudicación por parte de la SiGeN.

⁷⁰ Indetectables, como los aviones con tecnología *stealth*, que vuelan sin ser registrados por los radares.

⁷¹ En especial, el artículo 25(d.1) del decreto 1.023/01 y los artículos 18, 19, 20, 22(a), 26 y 27 del decreto 436/00.

⁷² Y siempre que no se trate de una contratación directa por trámite simplificado.

y previa intervención del servicio jurídico —si tenemos suerte— se dicta el acto de adjudicación.

Si bien se trata de un procedimiento con plazos más breves y que evita la obligatoria publicidad del llamado establecida en la *licitación pública*, en sus rasgos principales verificamos que hay convocatoria, ofertas, acta de apertura de sobres, comisión evaluadora, compulsas de precios, preadjudicación. Es mamífero, peludo, tiene cuatro patas y bigotes, maúlla... es ¿perro? En lugar de llamar a este procedimiento *licitación abreviada*, se lo ha llamado **contratación directa**.

Recuerdo que en 2004, al tratar el tema por primera vez, me dirigí al diccionario de la Real Academia Española, no en busca de la verdad revelada —que allí no se encuentra, si es que existe— sino pensando que tal vez estaba errado en el entendimiento de estos términos y que el saber general que el diccionario pretende captar podía desasnarne. Sin embargo, no hizo más que profundizar mis dudas.

Contratación es —para el lego a quien va dirigida la convocatoria a presentar ofertas— *comercio y trato de géneros vendibles*. Claro que lo importante era la palabra que calificaba a esa contratación. *Directa* es, según la misma fuente: (del lat., part. pas. de *dirigere*, dirigir) 1. *Derecho, en línea recta*; 2. *Que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios*; 3. *Que se encamina derechamente a una mira u objeto*. De ello surge que la *contratación directa* es —para el ciudadano medio que viendo el aviso en el diario deseara comprender su significado a través de un diccionario— algo cercano a *comerciar géneros vendibles de una parte* —el vendedor— *a la otra* —el Estado,— *en línea recta, en forma dirigida, sin detenerse*. Pues no fue muy distinto el sentido que encontraron muchos alumnos en aquél procedimiento de la Facultad de Medicina de 2004 que inicialmente llamó mi atención. Al ver reproducido el aviso en diversas carteleras de la Facultad, preguntaron: “Si es directa, ¿para qué la publican?”

Otro tanto ha sucedido con las bien llamadas *licitaciones* o *concursos abreviados*, según la redacción original del artículo 25 del decreto 1.023/01.⁷³ El diablo metió la cola en algo más que el número de registro del decreto 666/03: En su artículo 8° se resolvió —necesidad y urgencia mediante— sustituir en todo el texto del decreto delegado 1.023/01 la referencia a la *licitación o concurso abreviados* por la de *licitación o concurso privados*. Veamos la motivación de este cambio.

Según surge de los considerandos del decreto 666/03, los términos *licitación* o *concurso abreviados* “no se corresponden con los de *Licitación* o *Concurso Privados* habitualmente utilizados en anteriores normativas y que fueran recepcionados (sic)⁷⁴ por el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, aprobado por Decreto N° 436/2000.” Lla-

⁷³ En la Ciudad de Buenos Aires, la reciente ley 2.095 las ha denominado *contrataciones menores* en su artículo 38.

⁷⁴ Sobre el mal uso de esta palabra, ver la sección *¿Sabía Ud.?* en la solapa de la RPA 2006-2, disponible también *on line* en www.respublicaargentina.com.

mativamente, sigue diciendo: “[C]on el fin de evitar interpretaciones inadecuadas de la normativa que lleven a una aplicación errónea de la misma, y con el objeto de unificar dicha terminología con la utilizada en materia de Obras Públicas, resulta conveniente modificar la actual denominación de «Licitación o Concurso Abreviado» volviendo a utilizar los términos «Licitaciones o Concursos Privados.»”

Este proceso dista de ser ingenuo: Cada vez que se denomina *contratación directa* a un procedimiento que, en realidad, no es de adjudicación directa sino competitiva; cada vez que se llama *licitación privada* a un procedimiento que no es privado sino público, aumenta la dosis de un veneno que, por imperceptible, es aún más nocivo. Se adormecen los reflejos de quienes poco a poco asimilamos una nueva construcción de sentido. Para quien se entera de la existencia de una *contratación directa* o de un *concurso privado* y no forma parte del círculo en el que esta terminología puede ser decodificada correctamente, no tendrá sentido intentar participar de ella: Es directa, es para alguien ya definido; es privada, no puedo intervenir.

Así, *el lenguaje levanta una doble muralla* entre el sentido común del ciudadano medio y la operación jurídica en cuestión. En una primera instancia, por ahuyentar miradas no deseadas; en una segunda, por mantener una jerga común entre la administración y contratistas habituales, a quienes se invita —aquí sí en forma directa y creciente— a participar de los procesos de compras y contrataciones para unos pocos, convenientemente dificultosa para los nuevos interesados, práctica bien que contraría a los principios declamados en los decretos en cuestión y a normas legales y supra-legales igualmente aplicables y exigibles a la administración.⁷⁵

7. Algunas reflexiones con final abierto

No tengo dudas de que quienes tenemos interés en la cosa pública debemos aportar ideas y esfuerzos para dotar a los funcionarios decentes de las mejores herramientas posibles para la gestión del Estado en sus tres poderes. Tampoco tengo dudas sobre la necesidad de hacerle la vida difícil a quienes intentan enriquecerse acudiendo para ello al abuso de la confianza que le fue depositada por la comunidad. En la tensión entre la necesidad de mecanismos de control adecuados y el binomio eficacia-eficiencia, debe primar la imaginación y la creatividad para buscar herramientas que, sin resentir estos principios, logren los resultados deseados.⁷⁶ Esto es lo que debe suceder para que una licitación pública repensada y versátil recupere el espacio que ha perdido en los hechos.

⁷⁵ Para una mejor comprensión del bloque normativo que rige en Argentina en materia de lucha contra corrupción, me remito al trabajo de GORDILLO, AGUSTÍN, “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

⁷⁶ Como ha sostenido MAIRAL, “[m]uchas situaciones de corrupción real o aparente (esta última también nociva para el prestigio del Estado) se evitarían recordando que el procedimiento de la licitación pública persigue simultáneamente fines públicos diversos, ninguno de los cuales debe sa-

La tecnología y las comunicaciones de 2006 seguramente lo permiten, al menos en una gran cantidad de operaciones.

Pero entiendo —con datos que lo avalan— que no se están dedicando los esfuerzos necesarios para lograr esos avances o, al menos, no hay resultados trascendentes para mostrar. He presentado algunas muestras en este artículo, pero lejos están de agotar las que pueden encontrarse. Quien quiera estudiar las operaciones realizadas a través de fideicomisos, el régimen de fondos rotatorios y caja chica, o el increíblemente vigente pago por legítimo abono podrá encontrar ejemplos tanto o más significativos que los tratados en los capítulos 4 y 5, con el agravante de que no están registrados e informados públicamente.

Es perfectamente entendible que, al abordar el fenómeno de la transparencia en la gestión del Estado, sea más atractivo para los profesionales de las ciencias sociales estudiar los desvíos producidos en grandes contrataciones, sea por su trascendencia para la comunidad o por su monto. Pero hablamos aquí de la vida cotidiana de la administración, allí donde la moralidad media encuentra su definición; donde la pequeña defección del funcionario de carrera, tolerada por el funcionario político, se convierte en el contrato tácito de silencio que deja a salvo los grandes desaguisados que pasen delante de sus ojos: Una mano lava la otra y las dos lavan la cara.⁷⁷ Es en la compra de pintura, de sillas giratorias o de un acondicionador de aire en donde el ciudadano común se contacta con el sistema de compras del Estado.

Es desconcertante —y tal vez me quedo corto en el calificativo— que sigamos dedicando miles de horas cátedra y ríos de tinta a desentrañar las particularidades de la *licitación pública*, cuando ella representa sólo el 10% del total de procedimientos realizados por el Estado nacional y una porción cada vez menor del total de pesos gastados. Pero afirmar que la *licitación pública* ha perdido la batalla ante la *contratación directa* no implica ensalzar, mucho menos adherir, al actual formato de la licitación pública. No es posible que para dejar formalmente tranquilos a los funcionarios y a los tardíos escrutadores de los órganos de control se inventen farragosos procedimientos que no son más que cosmética y no aportan ni transparencia, ni eficiencia, ni eficacia.

Ante esta situación, nos debemos un debate acallado: ¿Hemos priorizado la forma sobre el fondo? ¿Es sostenible una *licitación pública* definida a partir de anacrónicos paradigmas de administración gubernamental y las más de las veces

crificarse en aras del otro: No sólo la mayor eficiencia en las compras sino también la transparencia en la contratación debe respetarse.” (MAIRAL, *Las raíces...*, *op. cit.*)

⁷⁷ NIETO GARCÍA lo ha dicho con toda claridad, al señalar que “a la hora de actuar corruptamente, casi siempre ha de haber un funcionario que actúe como cómplice o cooperador necesario (en estrictos términos jurídico penales) del autor político. Cada maniobra de corrupción política precisa de ordinaria la complicidad o la cooperación de un funcionario que, como mínimo, ha de redactar los informes «técnicos» de cobertura y en ocasiones es el que materialmente la ejecuta. El funcionario proporciona, en suma, la hoja de parra con la que se pretende disimular la escandalosa figura de la corrupción desnuda.” (NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 453.)

inútiles rigorismos formales? ¿Debe haber un único tipo de *licitación pública*, o tantas como modalidades de ella resulten útiles a los principios que debieran informarla? ¿No es tiempo de repensar la categoría misma de la *licitación pública*, tal como la hemos estudiado, para que realmente sea la regla general del sistema, idónea para satisfacer las necesidades de un Estado moderno? Ante estas y otras preguntas que el lector podrá sumar, mantenernos impertérritos es, lamentablemente, pedir asiento entre los violinistas del *Titanic*.

Nadie que crea en el sistema republicano de gobierno puede quitarle el carácter *público* a las compras y contrataciones del Estado, ni tan siquiera en las palabras. Mucho menos puede llamarse *directo* o *privado* a lo que no lo es. No se trata de grandes invenciones, sino de acercar el lenguaje de la administración al de los administrados, en busca de un mayor control de los operadores del sistema.⁷⁸ Y, como hemos visto, ese control es incluso más necesario cuando, por la fuerza de los incentivos del propio sistema, de la costumbre o de la conveniencia, la administración se resiste al cambio o, peor aún, promueve normas que aseguran el *statu quo* en el peor sentido posible.

El Congreso ya ha perdido el control presupuestario y hasta las ganas de ejercerlo,⁷⁹ aun cuando el gasto consolidado del sector público no deja de crecer.⁸⁰ Los órganos de control —institucionalmente llamados a actuar en prevención de estas desviaciones sistémicas— dicen años más tarde lo que todos sabían en tiempo oportuno, o directamente no dicen nada.⁸¹ Así lo demuestran las memorias

⁷⁸ Ya hemos logrado que los decretos-leyes se conviertan inadvertidamente en leyes. Ver en este sentido la interesante polémica entre GORDILLO y CAMPOLIETI en “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL*, Sup. Adm., octubre 2006. En este mismo sentido, ver el trabajo de MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en prensa y de YACOVINO, CECILIA, “Borrando la marca de la bestia,” en prensa y próximo a salir en *RPA*. También hemos logrado que la prisión o reclusión perpetua jamás sean perpetuas: La perpetuidad dura sólo 20 años, en contra de lo que el sentido común y el deseo de justicia imponen. No podemos luego sorprendernos por el descrédito de las instituciones.

⁷⁹ En este sentido, es interesante el planteo de SCIBONA, NÉSTOR, *op. cit.* Allí se señala no sólo la implicancia de que el presupuesto resulte ahora maleable en sus partidas, sino también la novedosa herramienta discrecional que nace de presupuestar un crecimiento y una recaudación menores a las realmente estimadas.

⁸⁰ Las recientes modificaciones a la Ley de Administración Financiera, que hicieron del presupuesto un mero rosario de intenciones enteramente moldeable a los designios de uno de los poderes del Estado no van en el camino deseado, al menos en mi criterio.

⁸¹ Como ha dicho REJTMAN FARAH, “[e]l control parecería ser, en muchos casos, sólo formal, y, a veces, hasta casi vacío de contenido. Se suele verificar sólo la adecuación de los contratos a las formas extrínsecas. Más allá de eso, cómo se toman las decisiones o cómo se ha ejecutado un contrato, qué factores extrínsecos o intrínsecos han influido en su conformación, en su celebración, en su desarrollo, son frecuentemente cuestiones supuestamente menores no consideradas regularmente por quienes tienen a su cargo el control de los actos públicos. Qué consecuencias disvaliosas derivan como consecuencia de la ejecución de ciertos contratos, cuánto se alteraron valores esenciales a la cosa pública, entre ellos la transparencia, no suelen ser, con la debida sistematicidad objeto de análisis.” (REJTMAN FARAH, MARIO, “Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad. Suplemento Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004. p. 121.)

e informes de la AGN, por ejemplo, en los que nada se dice sobre las cuestiones que planteo en este artículo, pese a que cuentan con los datos, con el personal y con la especialización para hacerlo.⁸² Nos queda confiar en el control social, allí donde exista, y en el poder de la justicia en la decisión del caso concreto.⁸³

Nada de lo que en este artículo he reflejado puede ser tenido por realmente novedoso. Es lo que vemos a diario, sólo que en primer plano y con las luces encendidas: Los números son siempre más difíciles de ignorar. En definitiva y como se dijo antes de ahora, “*he relatao a mi modo / males que conocen todos / pero que naides contó.*”⁸⁴ Ciertamente, no es tarea grata. *Eppur scrivo.*

⁸² Para mantener la homogeneidad en el análisis, he repasado las memorias de la Auditoría General de la Nación de los años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005. En ninguna de ellas se señala nada parecido al análisis realizado en este artículo. Sólo pueden encontrarse referencias puntuales a contrataciones directas por urgencia en las que se recomendó a determinados organismos justificar mejor la necesidad de acudir a ese mecanismo o a contratos de “significación económica” en los que se realizan observaciones formales. Resulta difícil de comprender cómo no merece un análisis más detallado una desviación de los principios de contrataciones del Estado de la magnitud de la que vengo de presentar. Son datos a los que la AGN tenía acceso.

⁸³ En este sentido, resulta de lectura imprescindible el debate entre BONINA y DIANA sobre las formas en la contratación pública. Ver en BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “Contrapunto. Sobre las formas en los contratos administrativos,” *LL*, Supl. Administrativo, *en prensa*.

⁸⁴ HERNÁNDEZ, JOSÉ, *El Gaucho Martín Fierro*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 147 (2315).

