

LA CONTRATACIÓN POR VÍA DE EXCEPCIÓN EN LA LEY 2051/03.¹

Hablar de licitación evoca en forma unánime la manera en que la administración pública formaliza sus compras o contratos. Sin embargo, los antecedentes de la licitación resultan puramente de índole civil, concepto que fuera tomado por la Ley Orgánica Administrativa de 1909 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Así pues, originalmente la licitación resulta una subasta exclusiva para los herederos en los casos de partición de herencia, figura trasegada al art. 2535 inc. “e” de nuestro Código Civil.

Establecida la prosapia civil del término, buscaremos esclarecer las particularidades del instituto de la contratación por la vía de excepción, en nuestro carácter de operadores de la Ley de Contrataciones Públicas. Creemos que la aplicación correcta del art. 33 de la Ley 2051/03 puede resultar una herramienta de gran valor para el administrador de la cosa pública, por lo que nos tomamos el atrevimiento de escribir las líneas a continuación.

La contratación por vía de excepción resulta una adjudicación directa.

Volviendo a la licitación como forma de contratación de la administración pública, esta subasta, abierta al público en general, resulta la forma por defecto de la contratación de la administración pública, como se dispone en los arts. 16 y 18 de la Ley 2051/03.

Al respecto, la vía de excepción constituye una excepción a la licitación, como se dice expresamente en el art. 33 de la Ley 2051/03: *Las Convocantes, bajo su responsabilidad, podrán llevar a cabo los procedimientos de contratación, sin sujetarse a los de la licitación pública o a los de licitación por concurso de ofertas.*

Creemos que una correcta interpretación de la Ley conlleva que la vía de excepción no puede entenderse como una licitación con plazos abreviados, sino que debe tomarse como una adjudicación directa.

Entendemos que si bien las *excepciones sunt strictissimae interpretationis* (las excepciones son de interpretación estrictísima), de conformidad a la regla establecida por el Código Civil en su art. 5, y que a partir de aquí podría tomarse que la excepción es con respecto únicamente a los plazos, la Ley es bastante clara y, acudiendo a otro brocardo decimos que *in claris non fit interpretatio*, pues el artículo 33 de la Ley 2051/03 habla de que la convocante no se sujetara a los *procedimientos* de la licitación pública.

Nótese que el art. 33 refiere que la convocante no se sujetará a los *procedimientos* de la licitación; no se dice por ejemplo que el convocante no se sujetara a los *plazos* de la licitación. Por ello, aun la interpretación más restrictiva posible del art. 33 no puede obviar que la excepción

¹ Andreas Ohlandt, Abogado por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción 2004, LLM (*Legum Magister*) Ruhr Universitaet Bochum (Alemania) 2009. A la fecha Director Jurídico de IPS.

es con respecto a los procedimientos y no se refiere a los plazos sino a *todos* los procedimientos de la licitación.

Cabe señalar que para Gordillo, el procedimiento es todo trámite que precede al dictado de un acto administrativo:

Mientras que en la justicia podemos hablar de procedimiento como concepto formal y proceso como concepto teleológico, en la administración no tenemos sino un término —procedimiento— para abarcar tanto la serie de actos (concepto formal) como la serie de actos destinados al dictado de un acto administrativo (concepto teleológico);²

Por ello, la vía de excepción exonera a la convocante de la aplicación de todo el capítulo segundo del título tercero de la Ley 2051/03, vale decir, la publicación del llamado, la confección y aprobación del pliego, las aclaraciones, la presentación y evaluación de las ofertas, etc., debiendo pasarse directamente a la adjudicación, *el acto administrativo en sí*. Lo que la Ley nos dice es que en los casos de la contratación por vía de excepción, se dictará únicamente el acto administrativo de adjudicación debiendo obviarse el procedimiento, vale decir, los trámites previos. Esta es la única interpretación posible, a nuestro leal saber y entender y a carta cabal del art. 33 de la Ley 205/03.

Creemos también que la justificación de la adjudicación directa en la vía de excepción no es otra que la preeminencia del interés público, idea que permea los presupuestos para el llamado por la vía de excepción (urgencia justificada, casos de desastres naturales, las compras para la seguridad de la república, etc.) por sobre el privado (el derecho a la libre competencia del hipotético oferente). Así pues, en los casos específicamente designados por la Ley, el derecho a la libre competencia y posibilidad de ofertar en igualdad de condiciones sucumbirá ante la urgencia o ante las circunstancias que conviertan a una licitación en innecesaria (en el caso de patentes o derechos exclusivos, por ejemplo). Por ello, el art. 33 de la Ley 2051/03 bien puede entenderse como una necesaria aplicación del interés público por sobre el particular previsto en el art. 128 de la Constitución Nacional.

La adjudicación directa no es novedad dentro de nuestro sistema jurídico.

Igualmente, las distintas normas vigentes en el tiempo dan cuenta de que la adjudicación directa, sin los trámites de la licitación, siempre estuvo prevista en nuestro sistema jurídico. En primer término, tenemos el art. 193 de la Ley Orgánica Administrativa de 1909, ya referida más arriba, que disponía lo siguiente en su versión original:

Podrá, sin embargo, usarse de la licitación verbal, o contratarse directamente con determinadas personas en los siguientes casos: 1° - Cuando el valor de la casa o el precio de la obra no excediere en total de \$ 5.000, o de \$ 1.000 anuales por un término que no pase de cinco años, siempre que con el mismo objeto no exista otro contrato que agregado al anterior, exceda los límites establecidos en este inciso; 2° - Cuando repetidas dos veces la licitación a propuesta cerrada, no hubiese postor, o las propuestas hechas fueran inaceptables;

² GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, libro III, tomo V, Buenos Aires, FDA, 2012, PRA-I-4.

3º - Cuando habiendo urgencia evidente no hubiere tiempo para esperar el resultado de la licitación, sino con grave perjuicio del servicio público; 4º - Cuando las operaciones de la administración por su carácter especial, tienen que ser reservadas. Este carácter procederá de la resolución que se acuerde en Consejo de Ministros; 5º - Cuando los objetos a adquirir sean poseídos exclusivamente por determinadas personas, o por quien tenga patente de invención o privilegio para su expendio; 6º - Cuando las obras fuesen de tal naturaleza que su ejecución sólo pueda confiarse a artistas, operarios o fabricantes especiales; 7º - Cuando las fabricaciones o suministros sean para un simple ensayo; 8º - Cuando las materias y las cosas por su naturaleza o por la especialidad del empleo a que se las destina, deben comprarse o elegirse en los lugares mismos de su procedencia, distantes del asiento de las autoridades o cuando deban entregarse sin intermediario por los productos mismos.

Como se ve, la Ley Orgánica Administrativa de 1909 ya contenía algunos presupuestos de excepción del art. 33 de la Ley 2051/03, como lo son la urgencia impostergable, la realización de dos licitaciones previas sin oferentes, la exclusividad por causa de algún derecho de patente o intelectual sobre el bien a ser adquirido o en caso de obras de arte. Igualmente, primaba el espíritu de la celeridad por sobre la forma, al hacerse referencia a una licitación verbal (;?) lo que nos lleva a pensar que, nuevamente, el único acto formal en este tipo de procedimientos sería la adjudicación.

En el mismo sentido, la contratación directa a que se hacía referencia no era otra cosa que una adjudicación directa.

Igualmente, el supuesto de contrataciones bagatelarias, que no requieren el trámite y la pompa de una licitación se encontraba dentro de esta contratación directa, en tanto que la Ley 2051/03 ha desdoblado este tipo de procedimientos en tres, conforme a los montos de la contratación (por concurso de ofertas, contratación directa y con fondos fijos).

Una posterior modificación al art. 193 de la Ley Orgánica Administrativa de 1909, por el Decreto-Ley N° 7/90, dejaba de lado la “licitación verbal” e incluía el supuesto de contratación entre entes públicos³, tipo de contratación excluida de los alcances de la Ley 2051/03 y por ende de cualquier tipo de procedimiento competitivo⁴. Como se ve, la intención de la Ley siempre fue

³ Podrá recurrirse también a la contratación directa por vía administrativa autorizada expresamente por el Poder Ejecutivo en los siguientes casos: 1. Cuando habiendo urgencia evidente, no hubiere tiempo para esperar el resultado de la licitación o concurso de precios, sino con grave perjuicio del servicio público; 2. Cuando las operaciones de la Administración, por su carácter especial, tienen que ser reservadas. 3. Cuando los bienes a adquirir sean poseídos exclusivamente por determinadas personas, o por quien tenga patente de invención o privilegio para su expendio; 4. Cuando las obras fuesen de tal naturaleza que su ejecución sólo pueda confiarse a artistas, operarios o fabricantes especiales; 5. Cuando las fabricaciones o suministros sean para un simple ensayo; 6. Cuando las materias y las cosas por su naturaleza o por la especialidad del empleo a que se le destina, deban compararse o elegirse en los lugares mismos de su procedencia, distantes del asiento de las autoridades o cuando deban entregarse sin intermediarios por los productores de los mismos; 7. Cuando haya escasez de los productos o materias a adquirirse, originadas por causa de calamidad pública o conmociones internacionales y sea imposible la concurrencia de postores; 8. Cuando se trate de servicios profesionales de orden técnico; 9. Cuando se trate de materiales y repuestos para maquinarias, vehículos, equipos e instalaciones existentes que deben adquirirse por sus exigencias y características técnicas de los fabricantes o representante proveedor de los mismos, y 10. Cuando los objetos a adquirir o los productos para el suministro sean producidos a satisfacción por empresas públicas estatales o municipales.

⁴ art. 2 inc. “d” Ley 2051/03.

que los supuestos de excepcionalidad, tasados y específicamente detallados e individualizados, dejen de lado los trámites propios de las licitaciones, o, lo que es igual, el “trámite normal” de las contrataciones públicas.

Por otro lado, desde nuestro lugar de trabajo, el IPS⁵, nos toca velar por la atención médica a los asegurados y administrar los recursos a este fin. Además está decir que la posibilidad de adquirir una droga o insumo puede significar no pocas veces la diferencia entre la vida y la muerte de un cotizante o beneficiario del seguro médico del IPS, adquiriendo la vía de excepción por urgencia impostergable un cariz definitivamente más dramático cuando en los casos de salud pública.

Y es por ello que la Ley siempre ha buscado otorgar al IPS las herramientas legales necesarias para una adjudicación directa, cuando los tiempos de una licitación sean insuficientes para cubrir la demanda inmediata de insumos y medicamentos. Así, el art. 8 de la Ley 98/92 establecía la posibilidad de una compra o adjudicación directa en los casos de urgencia:

Las adquisiciones suministros, arrendamientos, locaciones de obras y contratación de servicios para el cumplimiento de los fines de la Institución, se harán por medio de Licitaciones Públicas, Concursos de Precios y Contratación directa vía administrativa de conformidad a los procedimientos previstos en la Ley de Organización Administrativa.

Es atribución exclusiva del Consejo de Administración, llamar a Licitación o Concurso de Precios, establecer las bases y condiciones, adjudicar y formalizar los contratos respectivos.

Cuando por urgencia evidente, no hubiere tiempo para esperar el resultado de la Licitación Pública o Concurso de Precios, sino con grave perjuicio para la prestación de los servicios médicos, previa resolución del Consejo de Administración, habrá lugar a la adquisición directa vía administrativa de medicamentos, drogas, equipos instrumentales médicos y otros elementos relacionados con la prestación médica asistencia al asegurado.

Las adquisiciones y contrataciones autorizadas por el Consejo de Administración se harán bajo la responsabilidad prevista en el artículo 74 del Decreto-Ley N° 1.860/50, aprobado por Ley N° 375/56, modificado por esta Ley y serán fiscalizados por el Síndico designado por el Poder Ejecutivo.

Nuevamente vemos que no resulta extraña a nuestra tradición jurídica la idea de una adjudicación directa, dejando de lado los procedimientos de la licitación. Vemos también que las distintas legislaciones que han regido la compra pública la han acogido. Por ello, insistimos en que la vía de excepción prevista en el art. 33 de la Ley 2051/03 debe interpretarse en la misma guisa que históricamente lo ha hecho la Ley: como una adjudicación directa y sin necesidad de agotar los trámites previos de las licitaciones.

Acerca de la responsabilidad del convocante en los casos de contrataciones por vía de excepción.

Conforme al art. 33 de la Ley 2051/03, la responsabilidad por el correcto uso de la vía de excepción recae en la convocante. En tal sentido, los arts. 76 y 77 de la Ley 2051/03 refieren que

⁵ Instituto de Previsión Social.

se aplicaran las sanciones administrativas, civiles y penales a los funcionarios que infrinjan las disposiciones de la Ley.

En el caso de las máximas autoridades de las Instituciones convocantes, la responsabilidad será política (remoción de un cargo de confianza, etc.). En lo que se refiere a responsabilidades civiles y penales de las máximas autoridades de los entes convocantes, tanto la legislación civil (arts. 1833 y 1834 del Código Civil) como la penal (art. 192 del Código Penal) requieren la existencia de un daño patrimonial para la Institución convocante.

Así, la sola utilización irregular de la vía de excepción no conlleva responsabilidad penal o civil para las máximas autoridades de la convocante. La sola falta a los procedimientos administrativos no habilita a una automática demanda civil o investigación en sede penal, pues debe demostrarse que la convocante ha pagado demás o se ha perdido de una mejor oferta.

En otras palabras, la utilización de la vía de excepción, aunque fuere en forma irregular, no equivale a un daño y no genera responsabilidades más allá de la administrativa, la que en el caso de los representantes de entidades públicas se traduce por una responsabilidad política, dado que las autoridades no se encuentran sometidas al régimen del sumario administrativo como en el caso de los funcionarios de menor rango.

Ello nos lleva al problema de las contrataciones vía excepción que resultan formalmente deficientes pero sustancialmente correctas (cuando la convocante ha pagado el precio correcto, es decir, no hay existido daño patrimonial), punto que será desarrollado a continuación.

Del control de la regularidad de la contratación por vía de excepción.

Cabe señalar que la adjudicación por vía de excepción se trata de un acto reglado y no discrecional (pues los presupuestos se encuentran expresamente tasados en la Ley) por lo que la adjudicación es recurrible ante el Tribunal de Cuentas, conforme al art. 3 inc. "b" de la Ley 1462/35.

Empero, antes de acudir al Tribunal de Cuentas resulta necesario agotar previamente los recursos puramente administrativos, como lo exige el art. 3 inc. "a" de la Ley 1462/35, vale decir, interponer la protesta prevista en el art. 79 y siguientes de la Ley 2051/03. Una vez resuelta la protesta, podrá acudirse ante el Tribunal de Cuentas conforme al art. 84 de la Ley 2051/03.

En lo que hace al control de oficio por parte de la DNCP⁶ tenemos que la emisión del código de contratación previsto en el art. 147 de la Ley 6026/18 (Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el ejercicio fiscal 2018) resulta esencial para proceder a los pagos de las adjudicaciones. En este sentido, el reparo que la DNCP puede hacer y las informaciones que solicita a la convocante son la forma de control administrativo de la regularidad de la contratación por vía de excepción. En el caso de que la DNCP no emita el código de

⁶Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.

contratación, la adjudicación no queda sin efecto o es declarada nula o irregular, únicamente se impide el pago por parte de la convocante.

Ahora bien, en el caso de que, a través de una investigación de oficio conforme al art. 82 de la Ley 2051/03, generada usualmente a partir de las informaciones recabadas por la DNCP durante el trámite del pedido de emisión del código de contratación por parte de la convocante, la DNCP tiene la facultad de anular el procedimiento. La facultad de la DNCP de declarar la nulidad de los actos, contratos o convenios contrarios a la Ley se dispone en forma más genérica en el art. 10 de la Ley.

Entendemos que como nos encontramos ante un procedimiento administrativo, vale decir, una sucesión de actos de procedimiento que culminan en una resolución administrativa (conforme a la clásica definición de Gordillo referida más arriba), resulta aplicable subsidiariamente el régimen de las nulidades del Código Procesal Civil y no el régimen de las nulidades del Código Civil o de fondo. Nuestras razones para sostener tal argumento son de índole teórica y práctica, a saber:

En primer lugar, la Ley cita como legislación aplicable en subsidio al Código Procesal Civil (art. 8 de la Ley 2051/03).

Por otro lado, el régimen de las nulidades del Código Civil impone a las partes (el convocante y el adjudicado) la devolución de todo lo percibido (art. 361 del Código Civil), declara que el acto es nulo aunque su nulidad no haya sido juzgada (art. 356 del Código Civil), cualquier interesado y el Ministerio Público pueden solicitar la declaración de nulidad (art. 359 del Código Civil), y la declaración de nulidad no prescribe (art. 658 inc. "a" del Código Civil).

Cabe señalar que varios artículos del Código Civil fulminan con la nulidad a los actos contrarios a la Ley (arts. 27, 299 inc. "b" y "c", 357 inc. "b"), por lo que el mero incumplimiento a todo tipo de formalidad establecida en la Ley 2051/03, sin importar su relevancia, conllevaría la nulidad de toda la contratación.

En síntesis, de aceptarse la tesis de que la nulidad de los procedimientos de contrataciones se rige subsidiariamente por el Código Civil, nos encontraríamos ante una inseguridad jurídica palpable en materia de compras públicas, pues la declaración de nulidad no prescribiría, el acto sería nulo aún sin haberse juzgado su nulidad e incluso el Ministerio público (y no solo los hipotéticos oferentes interesados) podrían solicitar su nulidad.

Igualmente, como habíamos visto antes, solo mediando daño patrimonial existe responsabilidad civil o penal de los funcionarios de la entidad convocante, por lo que seguir el régimen de las nulidades podría darse una declaración de nulidad por la nulidad misma o en favor de la ley lo cual es reconocidamente absurdo. En otras palabras, si la convocante ha pagado el precio justo y/o no existen otros oferentes o mejores ofertas, cual es el sentido de una declaración de nulidad de la adjudicación? Ello solo conllevaría un nuevo procedimiento con el mismo resultado, una verdadera nulidad por la nulidad misma.

Las normas de las nulidades en el proceso civil dan un tratamiento que se compadece con esta posibilidad, pues se establece que en los casos en que el procedimiento hubiere cumplido su fin, aun si fuere viciado, no procede la declaración de nulidad (arts. 111 y 114 inc. “a” del C.P.C.⁷).

Igualmente, se establece que si no se ha cuestionado en tiempo los procedimientos, estos se entienden consentidos (arts. 103 y 114 inc. “b” del C.P.C.) y brindan la posibilidad a la DNCP (en su carácter de juez administrativo) a disponer la renovación de los actos conforme fuera necesario (art. 116 del C.P.C.), lo que no implica que todos los tramites del llamado deben indefectiblemente comenzarse de cero, únicamente se renovaran o repetirán los procedimientos viciados, etc.

Así, en razón de lo expuesto, entendemos que las normas sobre nulidades del proceso civil son las que deben aplicarse en el caso de adjudicaciones o contrataciones en vía de excepción irregulares, cuidando también la economía procesal (legislada igualmente en el art.15 inc. “f” num. 2 del C.P.C.) en los procedimientos de contrataciones, pues carece de sentido declarar la nulidad de todo un llamado en los casos en que no ha existido daño patrimonial de la convocante, pues se ha adjudicado un precio correcto o no existen otros oferentes, etc.

⁷ Código Procesal Civil.