

CONTRATACIÓN PÚBLICA. CASI UN “EXCURSUS”: EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE RÉGIMEN EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES.

Brevísimas consideraciones

Por Mg. María José Rodríguez 

SUMARIO

I. El cambio de régimen normativo (sobre contrataciones) y su impacto sobre los procedimientos contractuales en curso	01
II. Consecuencias prácticas de los criterios reseñados. Nuestra opinión	06

I. EL CAMBIO DE RÉGIMEN NORMATIVO (SOBRE CONTRATACIONES) Y SU IMPACTO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES EN CURSO

Todo nuevo régimen legal o reglamentario, en general indica la fecha a partir de la cual entra en vigencia. Pero este dato que normalmente es proporcionado por el cuerpo normativo de que se trate, en materia de contratos administrativos, exige ser compatibilizado y armonizado con un principio que recoge de modo explícito la Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 2095, concretamente, en su art. 144: *el principio de unidad de régimen*. Este consiste en que los procedimientos de contratación que al momento de la entrada en vigencia de una nueva ley o reglamento se encontraran en curso, deben ser agotados en su tramitación administrativa hasta su total finalización dentro del régimen de su instrumentación.¹

El aludido principio, a nuestro juicio, que aun si no está expresamente consagrado, rige a nuestro ver, de modo implícito en todos los regímenes contractuales, debe ser armonizado también, por cierto, con el principio de “efecto inmediato de la nueva norma”.

Su implementación impone indagar, en los procedimientos que se pudieran encontrar en trámite cuando se dicta una nueva norma que deroga a la anterior

1. V. en igual sentido, art. 3° de la Ley 13.981 de la provincia de Buenos Aires.

aplicable, a partir de qué instancia precisa resulta aplicable el nuevo régimen contractual, y al mismo tiempo, en qué supuestos el régimen anterior derogado goza de ultraactividad, por el debido resguardo del valor seguridad jurídica.

En tal sentido, es menester tener presente que el sistema contractual administrativo se estructura, tanto en la etapa de formación como en la de ejecución del contrato, en una serie de actos administrativos coligados.

Es entonces jurídicamente relevante establecer el “momento jurídico” a tener en cuenta para determinar de manera concreta a partir de cuándo las gestiones de compras de bienes y servicios deben ser agotadas en su tramitación administrativa hasta su total finalización dentro del régimen de su instrumentación y consecuentemente con ello, cuáles en cambio, deberán adecuarse al régimen que hubiera entrado en vigencia.

A tales efectos, es del caso destacar que la fase preparatoria del procedimiento de selección del contratista es una actividad interna de la Administración, la cual comprende estudios de factibilidad jurídica, contable, financiera, física, económica y política, que prosigue, posteriormente en la confección de los pliegos de bases y condiciones.²

Superada esta etapa, adviene la fase esencial del procedimiento, la selección propiamente dicha, en la que se encuadra jurídicamente la contratación a través del *acto de autorización del llamado o la convocatoria*, en los casos en que esta no requiriera ser autorizada, y comienzan las relaciones bilaterales entre el Estado y los oferentes.

En este estadio, el funcionario competente define el objeto contractual que cubrirá esa necesidad pública y el régimen jurídico aplicable a la contratación de que se trate.

2. Sin perjuicio de que la actividad preparatoria varía según el tipo de procedimiento de que se trate, a nivel nacional, cabe reseñar, a título de ejemplo, para la licitación o concurso públicos, las siguientes instancias:

1) Creación del proceso en la plataforma COMPR.AR/caratulación del expediente en materia de contrataciones de bienes y servicios para la APN; 2) Solicitud de contratación; 3) Imputación presupuestaria (preventivo); 4) Elección del procedimiento de selección; 5) Elaboración del proyecto de pliego particular; 6) Etapa previa para recibir observaciones al proyecto de pliego; 7) Intervenciones de SIGEN, ONTI, AABE, etc., cuando corresponda; 8) Elaboración del proyecto de autorización; 9) Intervención del servicio jurídico; 10) Autorización del llamado y aprobación del pliego a través del dictado del correspondiente acto emanado de autoridad competente.

Entonces, el procedimiento contractual, relación jurídica bilateral en esencia,³ sobre el cual se predica el “principio de la unidad de régimen” se origina, “nace” con la autorización del llamado o convocatoria. Antes, no hay bilateralidad. Antes, no hay procedimiento contractual, solo actividad interna de la Administración.

De tal suerte, la *convocatoria o autorización del llamado parece ser el punto de inflexión a tener en cuenta para efectuar el deslinde que determinará la aplicación de un régimen u otro* ; por ello es usual pautar normativamente que las gestiones de compras de bienes y servicios que ya hubieren sido autorizadas, por parte de la autoridad competente, al momento de la entrada en vigencia del nuevo texto normativo, deben ser agotadas en su tramitación administrativa hasta su total finalización dentro del régimen de su instrumentación, es decir, aplicando el régimen derogado. Y que todas las gestiones de compras de bienes y servicios que no hubieren sido autorizadas por la autoridad competente al momento de la entrada del nuevo cuerpo legal o reglamentario deben adecuar su trámite al nuevo régimen que hubiera entrado en vigencia.

Este criterio que aporta claridad en beneficio de la seguridad jurídica luce implementado en el Decreto GCABA 973/2008, que reguló la transición a partir de la vigencia de la Ley 2095 respecto de la normativa reglamentaria antecedente (v. art. 1º, Decreto GCABA 973/08).

Cabe hacer notar al respecto que ni el Decreto GCABA 408/07, si su similar GCABA N° 753/08 que lo sustituyera (ambos aprobatorios de la reglamentación de la Ley N° 2095) contaban con disposiciones de deslinde entre la aplicación temporal del régimen anterior y el nuevo que lo reemplazaba; es por ello que el mencionado Decreto GCABA N° 973/08 debió fijar un criterio de aplicación de los reglamentos implicados en el tiempo. Al efecto, en su art. 1º dispuso: “*Las contrataciones y/o licitaciones cuyo acto de convocatoria o de autorización del llamado haya sido efectuado mediante acto administrativo dictado por autoridad*

3. El procedimiento contractual en esencia es bilateral en tanto el contrato que se perfeccione supondrá un acuerdo de dos voluntades: la de la Administración y la del co-contratante. No obstante, el procedimiento contractual en sí, puede revestir multilateralidad en tanto el llamado, salvo los supuestos de restricción, es una invitación a presentar ofertas dirigido a una pluralidad indeterminada de potenciales oferentes; debe tenerse presente que en materia de procedimientos de selección del co-contratante del Estado, rige la regla del concurso o licitación públicos. Por cierto, la relación jurídica que se establezca entre la Administración y cada uno de los oferentes, individualmente considerados, tendrá la impronta de la bilateralidad.

competente con anterioridad al día 1º de mayo de 2007, deberán ser agotadas en su tramitación administrativa hasta su total finalización dentro del régimen de su instrumentación.

Derogado el Decreto GCABA753/08 por el Decreto GCABA 95/14, este en su art. 3º consignó: *Las contrataciones cuyo trámite se encuentre en una etapa comprendida entre el dictado del acto de autorización del llamado y/o de aprobación del Pliego de Bases y Condiciones Particulares y hasta el perfeccionamiento del contrato, inclusive, se rigen por la reglamentación vigente en aquel momento. Las contrataciones que se encuentren en etapa de ejecución se rigen por el presente régimen, sin perjuicio de las instancias precluidas.*

Posteriormente, el Decreto GCABA N° 326/17, que reemplazó al reglamento aprobado por el Decreto N° 95/14, aclaró en el artículo 3º que “[l]os procesos de selección iniciados con anterioridad al dictado del presente Decreto, se rigen por la reglamentación vigente en aquel momento”.

Recientemente, el Decreto GCABA N° 168/19 ha derogado el Decreto GCABA N° 326/17; la nueva norma dispone en su art. 3º: “ Los procesos de selección iniciados con anterioridad al dictado del presente decreto, se rigen por la reglamentación vigente en aquel momento. ”

Como vemos en el ámbito de la Ciudad se considera, en la actualidad, como dato jurídico relevante para el deslinde normativo en el tiempo, el del inicio del procedimiento. Ello, sin perjuicio de la relativa opacidad que ofrece este término.

En efecto, como señala Posdeley en un enjundioso trabajo,⁴ cuadra interrogarse cuándo un proceso se “inicia”: ¿con la apertura del expediente?; ¿con la aprobación de los pliegos y el llamado...? ¿ con el dictado del acto que autoriza el llamado o la emisión del acto de convocatoria, cuando esta no necesita autorización..., según nuestra opinión?

4. POSDELEY, Matías Claudio, “Novedades en materia de contrataciones regidas por la Ley 2095 de la Ciudad de Buenos Aires: el Decreto 326/17 y la Disposición 1274/17”, publicado en REVISTA CARTA DE NOTICIAS DE LA PROCURACIÓN GENERAL, Ejemplar del 18 de febrero de 2018.

Para Posdeley, el criterio más práctico a considerar es la fecha en que el área requirente propicia formalmente la contratación, momento que debería coincidir con la apertura de un expediente administrativo.

Por su parte, las normas nacionales vigentes toman, ya desde el dictado del reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00, y en línea con el decreto GCABA 973/08, a la autorización del llamado o convocatoria, cuando no se requiere autorización, como mojón para determinar la aplicación del nuevo régimen y para imperar, cuando se hubiera ya autorizado el llamado o dictado el acto de convocatoria con anterioridad a la fecha de vigencia del nuevo régimen, la ultractividad del régimen derogado.

Un breve recorrido por las sucesivas normas nacionales así lo demuestran.

El Decreto N° 436/00 que aprobó el Reglamento para adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional estableció en su art. 5°: *“El presente Decreto comenzará a regir a los TREINTA (30) días corridos de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que a partir de esa fecha se autoricen y para las que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria .”*

Es decir, consideró como instancia relevante jurídicamente, la de la autorización del llamado; y en los casos en que la convocatoria en este prevista se realizara ya vigente la nueva norma, el procedimiento pasaba a regirse por la nueva norma.

Por su parte, el art. 37 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, el Decreto delegado N° 1023/01, dispone, respecto de su vigencia: *“Este régimen entrará en vigencia a partir de los SESENTA (60) días corridos contados desde su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha”.*

Es decir, también asume como estadio clave para detonar la aplicación del nuevo régimen, el correspondiente a la autorización del llamado que se realice a partir de la fecha de su vigencia.

Luego, tanto el art. 7 del Decreto 893/12 como el art. 7 de su similar N° 1030/16 coinciden, en consonancia con lo dispuesto en el Decreto delegado, en tomar como pauta para la aplicación del nuevo régimen que consagran, los actos de autorización del llamado dictados a partir de la vigencia de la nueva reglamentación.

En efecto, reza en tal sentido el art. 7° del Decreto 893/12, aprobatorio de la la reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; “ El presente decreto comenzará a regir a los SESENTA (60) días corridos de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen.”

Y el art. 7° del Decreto reglamentario N° 1030/16, que reemplazó a la reglamentación instituida por su antecedente, actualmente vigente, dispone que la reglamentación de los procedimientos contractuales que aprueba como anexo, comenzará a regir dentro de los quince días corridos de su publicación en el Boletín Oficial (la que tuvo lugar el 16 de septiembre de 2016), y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha (esto es, a partir del 3 de octubre de 2016), se autoricen.⁵

II. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LOS CRITERIOS RESEÑADOS. NUESTRA OPINIÓN

Si se considera que la nueva normativa alcanza en su aplicación a los procedimientos contractuales que se autoricen a partir de su vigencia, es decir toma como dato de inicio del procedimiento contractual (bilateral) a la autorización del llamado, la aplicación inmediata de esta requerirá “volver para atrás” con la actividad preparatoria realizada con carácter previo a la autorización del llamado, que deberá ser adaptada o conformada de acuerdo al nuevo régimen aplicable. Podría considerarse que esto afecta el principio de economía procesal y de celeridad.

Esta consecuencia resultaría predicable tanto de la normativa nacional en su formulación actual (v. art. 7°, Decreto N° 1030/16) como de la normativa de la

5. Ver Comunicación General ONC N°51 del 19-9-2016; también Dictamen IF 2017 1535229 APN ONC MM del 25-7-17.

Ciudad de Buenos Aires, si se entiende que el procedimiento se “inicia” con el acto administrativo que autoriza el llamado.

Si se interpreta, en cambio, en el marco de la normativa vigente actualmente en la Ciudad de Buenos Aires, que el procedimiento “inicia” con la apertura del expediente administrativo en el que se solicita formalmente la contratación, la nueva norma no alcanzaría a los expedientes que se hubieran abierto con anterioridad a su vigencia, aunque en ellos no se hubiera autorizado el llamado. Y de tal suerte, no sería necesario “volver para atrás” con la actividad preparatoria interna de la Administración, toda vez que esta estaría conforme las disposiciones del régimen anterior derogado que se aplicaría de modo ultraactivo a esos procedimientos.

Ciertamente que la elección del momento jurídico que determinará tanto la aplicación de la nueva normativa como el efecto ultraactivo de la normativa derogada en su caso, representa una opción del órgano legisferante, es decir, se trata de una cuestión de derecho positivo, en tanto dependerá del arbitrio de la voluntad de quien lo defina (el legislador o la autoridad ejecutiva en el caso de los reglamentos). Pero no menos cierto es que reclama un soporte ontológico que justifique la razonabilidad de la elección.

Ahora bien, ¿cuál es el principio jurídico o valor a preservar que debe ser tenido en cuenta por una exégesis jurídica razonable...? ¿La economía procesal interna de la Administración, la celeridad en la realización del procedimiento y la no retroacción de etapas concluidas, si bien internas de la Administración?, ¿el valor expectativas de los potenciales oferentes que fueron ya invitados a formular ofertas, que se vincula con el principio de seguridad jurídica...?

Nos permitimos formular un abordaje desde dos perspectivas que convergen:

a) Si los regímenes normativos a los que hemos pasado revista supra, regulan “los procedimientos contractuales”, por la esencial bilateralidad de las relaciones reguladas, solo es atinado referirse a ellos, a partir de que se constata una actividad que trasciende a la Administración; esta solo puede coincidir con la autorización del llamado o convocatoria.

b) Desde otro ángulo, suscribimos la tesis de que todo nuevo régimen goza de una virtual presunción de superioridad axiológica,⁶ respecto del antecedente. De lo contrario, no habría razón para sustituir la norma anterior.⁷

Si se parte entonces de la base de que toda nueva normativa es “superadora” de la precedente (es “mejor”), este plus axiológico aconsejaría subordinar el valor celeridad de los procedimientos a la superioridad del nuevo régimen.

Esta superioridad axiológica exigiría la aplicación más abarcadora, más amplia, “más extensiva”, de la norma nueva con el único límite de la debida preservación de la seguridad jurídica, esto es, de la no afectación de las legítimas expectativas de los potenciales oferentes cuando la actividad administrativa ya trascendió el ámbito interno de la Administración.

En este orden de ideas, el punto que actuará como divisoria, como límite entre la actividad preparatoria interna y el establecimiento de relaciones jurídicas bilaterales que salen del seno interno de la Administración, se verifica, según nuestra opinión -concordando con el criterio y fundamentos del mencionado Decreto GCABA N° 973/08- con la autorización del llamado o con la convocatoria a presentar ofertas en el caso de procedimientos que no requieran autorización.

Tal debe ser la frontera a tener en cuenta; de tal modo, la nueva normativa no podría ser aplicada en aquellos procedimientos contractuales en los que ya fue autorizado el llamado con anterioridad a su vigencia. Estos deben continuar bajo el régimen derogado, que en esta hipótesis, resulta de aplicación ultraactiva por efecto de la manda de *unidad de régimen del procedimiento contractual* prístinamente perfilada tanto por el art 144 de la Ley 2095, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como por el art. 30 de la Ley 13.981, de la provincia de Buenos Aires.

6. Este plus axiológico puede ser considerado en términos de oportunidad, mejora técnica, de recepción de exigencias de la realidad; en términos de valores sociales imperantes, etc.

7. V. RODRÍGUEZ, María José, *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional*, Editorial Abaco, de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2013, p. 26.

De acuerdo a nuestro criterio, entonces, es conveniente que al interpretar la normativa cuando esta se refiera a “procedimientos iniciados” (v.gr. el art. 3º, del Decreto GCABA N° 168/219) se considere que el procedimiento contractual, en tanto implica relaciones bilaterales, se “inicia” con la autorización del llamado y no con la apertura del expediente, aun cuando ello involucre el eventual costo de retrotraer etapas de actividad preparatoria interna de la Administración.