

SOBRE LA ADJETIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por el Dr. Nicolás Bonina



El siguiente artículo fue publicado en La Ley, Sup. Adm. Nov/2015 y se reproduce con autorización expresa de su autor.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	01
II. UNAS PALABRAS SOBRE LA TEORÍA AUTÓNOMA	03
III. TO BE, OR TO DO... THAT IS THE QUESTION	07
IV. LA PROBLEMÁTICA	10
V. LA LICITACIÓN 3.0.	14
V.a. La licitación tradicional y la licitación 3.0.	14
V.b. La difusión y publicidad	14
V.c. El Data Room	15
V.d. Las notificaciones	15
VI. LA LICITACIÓN PÚBLICA 3.0 Y LA ADJETIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO – A MODO DE CONCLUSIÓN	16

I. INTRODUCCIÓN

Hace tiempo se instaló el debate doctrinario acerca de la sustantividad del contrato administrativo.¹ El debate postulaba, básicamente, dos cuestiones: (a) si

1. Ver, entre otros, BARRA, RODOLFO C., *La sustantividad del contrato administrativo*, ED, 180-1029; BIANCHI, ALBERTO B., *Algunas referencias críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*, ED, 184-900 y 185-714; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino*, ED, 2001/2002-493; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo*, ED, 180-773; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)*, ED, 181-142; COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 98 y ss.; COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, *El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, 111: 845; COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “El concepto de contrato administrativo,” en AAVV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, 8ª ed., buenos Aires, FDA, 2003, cap. XI; ESCOLA, HÉCTOR J., *Tratado Integral de los contratos administra-*

es necesaria una teoría autónoma del contrato administrativo y, (b) si es esencial o no, para dicha autonomía o para la conceptualización del contrato administrativo como tal, la aceptación de las cláusulas y facultades exorbitantes implícitas de la administración.

Varios años y varias normas después, el debate terminó sin vencedores ni vencidos. Las nuevas normas incluyeron en sus textos en forma explícitas ciertas facultades exorbitantes que antes algunos autores consideraban que se encontraban en forma implícitas. De esta forma, lo implícito se volvió explícito y la cuestión quedó zanjada, aunque sea relativamente.

El debate quedó entonces sin consecuencias prácticas. Y es precisamente, la ausencia de consecuencias prácticas las que hace un tiempo ya poníamos de resalto² y la que pone en evidencia la innecesariedad de averiguar si existe o no una *sustantividad* o *esencia* del contrato administrativo o formular una teoría autónoma del contrato administrativo.

El contrato administrativo plantea hoy en día un desafío mayor. No tanto la indagación o debate acerca de su esencia o sustancia (si es que podemos decir que dicho fenómeno exista), del *qué*, sino el debate acerca del *cómo*.

En este trabajo pretendo abrir el debate acerca del tipo de contrato administrativo que necesitamos hoy en día como sociedad y como Estado, con especial referencia al contrato de obra pública y a los contratos no alcanzados por los Decretos

tivos, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1977; FARRANDO, ISMAEL (h) - director, *Contratos administrativos*, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002; GRECCO, CARLOS MANUEL, "Procedimiento Administrativo y Contratos Administrativos (Variaciones sobre el art. 7º, párrafo final de la ley N° 19549)", en *Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000; MAIRAL, HÉCTOR A., *De la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179-655; MAIRAL, HÉCTOR A., "La teoría del contrato administrativo", en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, mayo 1999*", Buenos Aires, 2000, Ciencias de la Administración; MAIRAL, HÉCTOR, "Los Contratos Administrativos en el marco de la Emergencia Pública Argentina", en AA VV, *El Derecho administrativo de la emergencia*, III (SEBASTIÁN ALANIS - coordinador), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003; MAIRAL, HÉCTOR, "La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas", en AA VV, *El Contrato Administrativo en la actualidad*, AGUSTÍN GORDILLO - Director, La Ley, Suplemento Especial, mayo-2004; MARCER, ERNESTO A., "El contrato administrativo en la Ciudad de Buenos Aires", en *Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Los contratos administrativos como fuente del derecho administrativo*, RAP, 368-pp. 9/19; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., *Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al contrato administrativo*, ED, 180-858; UGOLINI, DANIELA P., *El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos*, ED, 148: 869.

2. Bonina, Nicolás / Diana, Nicolás, "¿Qué se entiende por contrato administrativo?", *La Ley*, 2010-A, 1032.

1023/2001 y 893/2012. Téngase presente que a pesar del dictado estas dos normas, las contrataciones más importantes (obras públicas, servicios públicos, etc.) se contratan mediante normativa o esquemas normativos de hace medio siglo atrás. O más.

Por ello, lo que realmente deberíamos estar debatiendo hoy día es la *adjetividad* del contrato administrativo. Es decir, cómo hacer para que el Estado, que es grande, burocrático, rígido y lento, pueda contratar de manera eficiente, rápida y ágil, y a la vez cumplir con los principios de publicidad, transparencia, igualdad y concurrencia.

II. UNAS PALABRAS SOBRE LA TEORÍA AUTÓNOMA

Aunque el famoso debate sobre la sustantividad ha quedado en el letargo, se me permitirá esbozar algunas palabras al respecto.

Carrió sostenía que el sistema no es otra cosa que la búsqueda de lo incondicionado,³ es la idea de una súper-realidad “forjada por la razón en procura de alcanzar una meta inalcanzable: la unidad sistemática de nuestro conocimiento”.⁴

Esta búsqueda de lo incondicionado, en el derecho, termina generando una *hipertrofia taxonómica*: más y más categorías y clasificaciones y teorías sobre todo, en las cuales se pone el énfasis en aquella mínima cuestión que hace a la diferencia y produce un universo de diversidad inmanejable de institutos y categorías.

Porque una vez que se crea una categoría nueva, *hay que dotarla de vida*, de ADN, de características, de *esencia*. Y en este punto es donde la diversificación taxonómica termina convirtiéndose en una trampa y arma de doble filo. Empezamos a necesitar dotar de vida y contenido la nueva categoría analítica que creamos. Y eso se vuelve una bola de nieve imparable.

3. CARRIO, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 252.

4. CARRIO, *op. cit.*, p. 252.

Tomando las palabras de Leonardo Da Vinci, nuestro mantra es:

La simplicidad es la máxima sofisticación.

En vez de buscar la atomicidad, la hipertrofia taxonómica para hacer de la nada una teoría autónoma de cada porción de la realidad; entiendo que es más conveniente volver a las bases.

Desde esta perspectiva, un contrato –cualquier contrato– es un acuerdo de voluntades entre dos o más partes.

Una teoría autónoma del contrato administrativo no va a cambiar eso. Un contrato es un contrato y punto. Sí, es cierto, un contrato administrativo tiene otras características. Pero esas características son accidentales, tienen que ver con una de las personas que contrata, con los fondos, con el régimen legal, con el fin público. No hacen a su esencia, suponiendo que la misma exista. Precisamente, si existe una esencia del contrato administrativo, es ser un acuerdo de voluntades. Aquí, nuevamente, la belleza de lo simple y la simpleza de lo evidente.

El Diccionario de la Real Academia Española claramente define el término *esencia*, como “aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas.”

Lo único invariable y permanente en *todos* los contratos administrativos –y en los civiles, comerciales, laborales, etc.– es que *todos* constituyen un acuerdo de voluntades con normas preestablecidas que regulan ese acuerdo. Lo demás es accidental. Fuera de esta característica *sustantiva*, los contratos administrativos no comparten ninguna otra característica permanente e invariable.

La pretendida teoría autónoma se vuelve así un callejón sin salida. Buscar la esencia del contrato administrativo implica buscar lo invariable del mismo. Lo único invariable del mismo es que constituye un acuerdo de voluntades. Pero el acuerdo de voluntades es precisamente lo que determina la improcedencia de la teoría autónoma, ya que todos los contratos la comparten. Y si dejamos de lado el acuerdo de voluntades para buscar una característica diferenciadora,

entonces ya no estamos buscando lo invariable, lo que determina que estamos en lo accidental y nos alejamos de la *sustantividad*.

Por tal razón, la pretendida teoría autónoma del contrato administrativo cae por el peso mismo de la diversidad de sus posibles fundamentaciones. En aquella en la cual se encuentra la *diferencia* que justificaría la autonomía y la sustentividad, aparece aquella otra característica que neutraliza todo y hace volver la teoría a fojas cero.

Distintas teorías se han enarbolado para encontrar el santo grial del contrato administrativo, aquello que certifique su sustentividad, su esencia distintiva de la del resto de los contratos. Años y décadas han pasado y al día de hoy la búsqueda todavía continúa. Sea la teoría de la jurisdicción, la forma de contratación, la teoría sobre la calificación legal, la teoría finalista, la de las cláusulas exorbitantes, la de la subordinación o el carácter en el que actúa la administración; cuando se encuentran determinadas características en tal tipología de contrato administrativo, resulta que no se aplica a otra tipología distinta de contrato administrativo.

Esto implica, a nuestro modo de ver, que las teorías autónomas del contrato administrativo no se basan en lo invariable, en la verdadera sustentividad, aquello que es perenne. Sino en lo accidental. Y por ello mismo hay tanta divergencia y dificultad de llegar a un consenso.

Es interesante remarcar que no se ve a nadie intentando elaborar una teoría autónoma de los contratos de tarjetas de crédito o de los contratos informáticos.⁵ Estos contratos presentan una *relación de subordinación avasallante, cláusulas exorbitantes, una jurisdicción que no puede prorrogarse*, y tantas otras características más que superan a lo lejos las características de un denominado contrato administrativo.

Sin ir más lejos, hace unos días actualicé el sistema operativo del ordenador en el cual escribo este trabajo. El archivo digital se descarga por internet, se abre

5. Nos referimos, en especial, a los denominados contratos informáticos enlatados.

la ventana sobre aceptación del contrato y uno tiene dos opciones: aceptar o no. No hay forma de negociar, de modificar alguna cláusula. Nada. Por lo menos en un contrato administrativo, a pesar de su subordinación y exorbitancia, un contratista todavía puede sentarse y hablar con alguien. En la era moderna, no.

La pretendida teoría autónoma de los contratos administrativos es un resabio de épocas pasadas. Hoy en día las contrataciones son distintas. Hoy en día no hay una división tan tajante. Hoy en día nos encontramos ante una realidad dinámica, constantemente cambiante y con una diversidad de instrumentos y recursos imposibles de englobar en una única gran teoría autónoma. La respuesta está ahí, desde antes de ahora, en las palabras del maestro: “El régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado, interpretado claro está conforme a los principios generales del derecho.”⁶

Sí, es cierto, hay un núcleo duro de contratos celebrados por la administración que llevan el mote de contratos administrativos, en especial por ser celebrados por la administración y porque su objeto constituye la satisfacción de un fin público o de utilidad pública. Desde ya, la definición del sujeto que contrata también deberá analizarse caso por caso. En principio, se entiende que un contrato administrativo es celebrado, como mínimo, por una persona estatal, entendidas como la administración nacional centralizada o descentralizada.⁷

Por ejemplo, ENARSA (Energía Argentina Sociedad Anónima de capital estatal y provincial) lleva adelante y contrata en su nombre, la construcción, instalación y puesta en funcionamiento de Centrales de Generación Eléctrica, bajo el régimen de la Ley 13.064, en virtud del Decreto 938/2007 o la construcción del Gasoducto del Noreste Argentino, bajo el mismo régimen, por el Decreto 267/2007. O sea, se trata de una sociedad anónima aplicando la Ley de Obras Públicas. Sólo porque un Decreto así lo estableció.⁸ Y sus contratos, siguen siendo contratos administrativos, si bien se trata de una Sociedad Anónima.

6. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, FDA, 5º ed., Cap. XI, p. 21.

7. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, FDA, 5º ed., Cap. XI, p. 3.

8. Desde ya, la cuestión no es tan simple y la simplificación es adrede. Los fondos son del Tesoro de la Nación y conforme el art. 1 de la Ley 13.064 eso se consideraría obra pública. Sin embargo, ENARSA no es una persona estatal y esos fondos se inyectan por parte del Ministerio de Planificación en virtud de que es el accionista mayoritario. Por eso mismo, es el análisis concreto de cada caso el que nos dará la pauta.

III. TO BE, OR TO DO... THAT IS THE QUESTION

“El lector debe prepararse para asistir a las más siniestras escenas” (E. Sue. *Los misterios de París*), o por lo menos, deberá estar atento, pues por un momento nos alejaremos de la teoría para adentrarnos en las entrañas de la más cruda realidad.

Los abogados, especialmente los que seguimos el sistema continental de derecho administrativo, somos en demasía, teóricos. Y a veces terminamos convirtiéndonos en un obstáculo del “hacer”. El tema es que nuestras teorías sobre el derecho y sus instituciones muchas veces omiten el hecho fundamental de que el derecho y sus instituciones son una *herramienta de gestión*. Y no es que pretenda relativizar al derecho. Para nada. Cuando nos referimos a la faz teórica o “científica” –si se quiere– del derecho, éste comparte las más altas esferas y característica de todo saber y conocimiento humanos. Pero toda rama teórica del conocimiento humano sólo tiene una razón de ser en tanto y en cuanto sus hipótesis puedan comprobarse en la realidad. Las hipótesis de las matemáticas teóricas o de la física teórica sólo adquieren categoría de teorías aceptadas cuando son comprobadas mediante las matemáticas aplicadas o la física aplicada. Hasta que ello no suceda, sólo son hipótesis de trabajo no comprobadas.⁹

Lo mismo debe suceder con el derecho. Y por ello, nosotros, los teóricos, debemos afrontar además una dura realidad: *tanto epol juez como el legislador y el administrador utilizan el derecho para gestionar*. ¿Qué gestionan? La cosa pública, los problemas públicos que llegan a su conocimiento.

Es cierto que a medida que los jueces, legisladores y administradores gestionan la cosa pública, también aplican y crean derecho. Pero sería ridículo sostener hoy en día que la aplicación y creación del derecho es efectuada por jueces, legisladores y administradores de manera autómatas, sin incluir sus valoraciones propias, sin partidismos o sin la inclusión en la toma de decisión de factores subjetivos que hacen a la constitución propia de cada ser humano. De hecho, aún en las ciencias duras ya se acepta que no existen teorías sin subjetividad.¹⁰

9. Es más, luego de comprobadas dichas hipótesis de trabajo, pueden aparecer o surgir nuevas técnicas o métodos de comprobación que ponen en crisis las hipótesis que se creían o entendían irrefutables.

10. Como sostiene Nieto: “Desde Husserl sabemos que el observador no puede acercarse limpiamente al objeto

Desde esta perspectiva, entonces, no me interesa tanto indagar sobre la sustantividad del contrato administrativo o su esencia, sino sobre su *adjetividad*, sobre aquellas características que hacen al contrato administrativo una mejor y más eficiente herramienta para gestionar la cosa pública.

Los contratos administrativos sirven para abordar distintos tipos de objetivos: operativos, coyunturales y estructurales. Por lo general, el administrador necesita celeridad, especialmente ante los objetivos coyunturales o los operativos que no fueron debidamente planificados o aquellos objetivos estructurales que se vuelven urgentes.

Alguna vez sostuvimos que con una buena planificación a mediano y largo plazo se solucionaría el problema de la *coyunturalidad*.¹¹ Sin embargo, huelga reconocer que en parte estaba equivocado. La realidad, esa deidad embaucadora, como el LOKI nórdico, nos enseña otra cosa. Los objetivos coyunturales existen. Es válido que toda nueva gestión pretenda conseguir objetivos coyunturales y/o estructurales pero que quiera verlos por lo menos *nacer* antes de dejar el poder.

Sigo sosteniendo que de todas formas es necesario *construir una cultura en la que oficialismos y oposiciones puedan definir proyectos de base a largo plazo*. Y que sin importar el gobierno que asuma, esos proyectos se respeten. Pero como lo gallardo no quita lo cortés, una cosa no quita la otra y planificar proyectos de base no elimina las necesidades coyunturales. Existen y punto. Así como también existen objetivos partidistas. El ejercicio formal de la política democrática se canaliza mediante los partidos políticos, con lo cual, negar luego los objetivos partidistas resulta absurdo.

que examina, dado que, al acortar distancia y centrar sobre él su reflexión, termina implicándose personalmente y pierde su neutralidad, que debería ser la primera exigencia del conocimiento científico [...] En el mundo del Derecho todavía es peor, porque nada hay «externo» al jurista, debido a que éste participa en la formación de los propios objetos que observa y desde luego en la de los instrumentos de análisis que maneja, que se tornan parciales y se subjetivizan irremediablemente [...] El dilema reaparece, pues, con la terquedad de siempre: si no utilizamos instrumentos técnicos de aproximación, no podemos entender a la ley con el ojo desnudo. Ahora bien, si aplicamos tales instrumentos, el resultado vendrá condicionado y distorsionado por esta interferencia medial que en último extremo es personal, puesto que ha sido el jurista quien libremente ha decidido servirse del instrumento conceptual técnico [...] Vemos –encontramos, aprehendemos– un fenómeno real siempre a partir de nuestros intereses y expectativas de sentido y lo interpretamos a partir de éstas.” (Nieto, Alejandro / Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, pp. 37-38).

11. El término no existe, su inclusión es adrede. El trabajo al que me refiero es Bonina, Nicolás / Diana, Nicolás, “¿Qué se entiende por contrato administrativo?”, *La Ley*, 2010-A, 1032.

Los abogados, juristas y jueces cometemos muchas veces el pecado de elevarnos tan alto con nuestras disquisiciones, que olvidamos la realidad. Ésa, allí donde la vida transcurre y para la cual existe el derecho.

Consideramos al Estado, al gobierno y a la función pública de los altos cargos como instituciones vacías de contenido real, *asépticas*; cuando lo cierto es que no existe Estado, ni gobierno ni función pública sin partidismos. O más específicamente, el Estado, el gobierno, la función pública, la economía y aún el derecho administrativo, *son* política. Y la política, siempre es partidista –sea formal o informal, externalizada o interna–. Esto, que lo sabe cualquier estudiante inicial de Ciencias Políticas; nosotros, los abogados, jueces y juristas, cuando escribimos, muchas veces lo pasamos por alto.

Todo administrador que se digne de tal, quiere *hacer*. Y el contrato administrativo no es un elemento de la naturaleza pre-existente.¹² No es algo inmanente al mundo. Es una herramienta socio-cultural y temporal creada para *hacer*.

La *adjetividad* se refiere a este punto, al cómo se llevan a cabo los procedimientos de selección del contratista estatal y de ejecución contractual. Nos guste o no, el derecho es una herramienta que sirve para gestionar parte de una realidad. La realidad no va a amoldarse al derecho, somos nosotros los que tenemos que comprender la realidad para crear normas y herramientas que nos permitan gestionar esa realidad de la manera más eficiente, efectiva y adecuada posible a los fines que persigamos.

Desde ya, no afirmamos en este trabajo que haya que consentir cualquier tipo de práctica social, porque si no, el homicidio no estaría penado. Lo que sostengo es que las prácticas sociales establecidas se modifican con nuevas prácticas, con consenso, con concientización, etc. La ley no modifica prácticas sociales. Como

12. Ya lo dijo Alejandro Nieto, al señalar que “[e]l Derecho no es una realidad objetiva dada, preexistente [...] Se ve lo que se puede ver o, más exactamente todavía, lo que se quiere ver según la perspectiva que el observador adopte para cada caso concreto [...] En cualquier caso, a los efectos de esta lección es importante subrayar que lo esencial del conocimiento jurídico –considerado en su doble vertiente de actividad y resultado– es su naturaleza artificial, técnica, puesto que el Derecho se «conoce» a través de una operación intelectual independientemente de que pueda «percibirse» por intuición. Hablar de conocimiento jurídico es, por tanto y en último extremo, hablar de sus técnicas [...] Y aún se puede llegar más lejos todavía si se piensa que el conocimiento jurídico, tanto el teórico como el práctico, está empañado por sentimientos” (Nieto, Alejandro / Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, pp. 18-19).

mucho, una ley puede acompañar un proceso de cambio, pero el cambio de las prácticas sociales siempre es un proceso socio-cultural.

Se trata, al fin y al cabo, de adentrarnos en la *adjetividad* del contrato administrativo. En el cómo. *Si el mundo tiene una esencia, esa esencia es el cambio, el movimiento.* Y si el cambio es la esencia del mundo, entonces debemos olvidarnos de fórmulas rígidas y pétreas y abrazar el cambio, el movimiento, incluyendo opciones que desde dentro de la normativa, otorguen flexibilidad y agilidad al procedimiento de selección del contratista estatal.

IV. LA PROBLEMÁTICA

La licitación pública es la regla en toda contratación estatal. Sus ingredientes de difusión, publicidad, transparencia, igualdad y, particularmente, concurrencia, forman un cóctel irresistible y seductor cuando se trata de contratar con la oferta más el conveniente.

El problema es que no existe un régimen unificado de licitación pública. Los Decretos 1023/2001 y 893/2012 *aggiornaron* el instituto pero las modificaciones introducidas por estas normas a la licitación pública no se aplicaron a los contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, que terminan siendo los contratos más significativos y que mayor envergadura y magnitud tienen.

En materia de obras públicas –contrato administrativo por antonomasia–, la licitación termina siendo un procedimiento denso y lento. Y hoy, cuando el mundo está a un clic de distancia y la ubicuidad y celeridad son la norma, la licitación pública y su práctica, muchas veces se ven superadas.

Reitero, con una planificación pluripartidista con objetivos a mediano y largo plazo, se reduciría este problema, porque las contrataciones de este tipo (grandes obras, infraestructura, servicios públicos, etc.) se impondrían como objetivos de corte estructural y no seguirían sólo a la coyuntura.

Pero al final del día, la coyuntura existe. Y entre urgencias propias y ajenas, muchas veces hay que salir corriendo a elegir contratista estatal en forma rápida. Si se trata de alguno de los contratos comprendidos en el Decreto 893/2012, la situación no es tan grave. Pero si se trata de alguno de los contratos excluidos, el sistema falla. Se nos dirá que si se trata de algo urgente, existe la contratación directa por urgencia. Eso es cierto. Pero tanto la norma como la doctrina y la jurisprudencia –sobre todo en obras públicas– han circunscripto la urgencia a determinados supuestos muy específicos. En rigor de verdad, la mayoría de las veces uno no se encuentra ante un caso de urgencia, si se quiere ser estricto y apegarse a la norma.¹³

Uno de los casos más representativos de esto que menciono se da con los cambios de gestión.

Una gestión se va del gobierno y deja *x* cantidad de problemáticas. La nueva gestión ingresa y alguna de esas problemáticas estalla. Uno podría pensar en contratar por urgencia, pero lo cierto es que, sobre todo en materia de obras públicas, la normativa, doctrina y jurisprudencia exigen que la urgencia sea objetiva, imprevista y que no dé lugar a los trámites de la licitación pública, cuestión que no se da en este caso. Aquí se trata de una problemática que *urge* pero no es *jurídicamente urgente*, entre estrategias de gobiernos salientes y entrantes. Claro que no es culpa del que ingresa, sólo heredó el problema. Tampoco es culpa del que se fue. Quizá no llegó a tiempo. O quizá tan sólo lo pospuso porque no podía hacerse cargo de esa problemática en ese momento y a sabiendas que no iba a estallar en su gobierno. Y tampoco es problema de la norma, porque es correcto que la contratación directa por urgencia sólo tenga cabida cuando se trate de algo realmente imprevisto, objetivo y que no dé lugar a los trámites de la licitación pública.

13. Como señala Gordillo, “[t]anto el régimen de contrataciones de la administración nacional como la ley de obras públicas autorizan a contratar directamente por razones de urgencia, pero mientras que la primera sólo exige que exista urgencia, la segunda dispone además que ella se deba a «circunstancias imprevistas». No parece una solución razonable [...] No porque los funcionarios públicos hayan sido negligentes y las obras se tornen gravemente imperiosas por el transcurso del tiempo, podrá negarse a la administración la posibilidad de satisfacer la necesidad pública con la verdadera urgencia que requiera.” (Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1º ed., Buenos Aires, F.D.A., 2014, Cap. XII, p. 54).

Al fin y al cabo, como señala Gordillo, “[l]a administración, con todo, es muy renuente a invocar la causal de urgencia, quizás porque el escrutinio público es fácil al respecto [...] los órganos de ejecución saben bien que la invocación de la urgencia para una contratación directa despertará siempre sospechas si no es justificada objetivamente. (Epidemias, pandemias, desastre, etc.)”¹⁴

El problema, entonces, en estos casos, es de creatividad. Debemos ser lo suficientemente creativos como para crear: (a) un sistema lo suficientemente flexible para abordar cada supuesto pero cuya regla rectora sea la publicidad, igualdad, transparencia y concurrencia; y, (b) procedimientos que contemplen estos principios, pero que sean rápidos y ágiles.

En estos supuestos, en los cuales se necesita agilidad, rapidez; no se quiere o no se puede contratar por urgencia y se quiere garantizar la concurrencia, igualdad, transparencia y publicidad; el ordenamiento jurídico actual no brinda respuestas adecuadas. Si se trata de una obra pública, la norma exige que se haga una licitación pública que en la práctica es lenta, cuando al nuevo gobierno o gestión le estalló un martes trece y la oposición, enemigos y la opinión pública, aprovechan para sacar ventaja del vacío normativo.

Esperar seis meses (con suerte) a que se sustancie una licitación pública, a veces es fácticamente imposible (aunque jurídicamente sea posible) y otras veces constituye un suicidio político.

Los Decretos 1023/2001 y 893/2012 han iniciado el camino al reducir los tiempos de la licitación pública y *aggionar* el procedimiento en sí. Sin embargo, la problemática continúa en los contratos que mayor envergadura presentan: obras públicas, concesión de obras públicas y servicios públicos. En estos casos, la licitación pública sigue siendo lenta.

14. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1º ed., Buenos Aires, F.D.A., 2014, Cap. XII, p. 55.

La agilidad y la rapidez resultan de fundamental importancia hoy en día.¹⁵

Por ello, lo que propongo en este trabajo es: **(a)** repensar el procedimiento de licitación pública, en especial para aquellos regímenes que han quedado atrasados, como el de obras públicas; **(b)** bosquejar un procedimiento que contemple dos alternativas: una licitación tradicional y una licitación ágil. Que ambas opciones garanticen los principios de publicidad, difusión, transparencia, igualdad y concurrencia. Y que sea el administrador el que escoja.

Desde ya, hay que mantener la regla, que se contrate por un procedimiento que garantice la publicidad, la transparencia, la igualdad y la concurrencia, pero hay que permitir que se elija entre un procedimiento largo como la licitación pública actual y otro corto, que elimine lo que no es necesario. Y permitir que el administrador pueda escoger entre cualquiera de las dos opciones y que el ordenamiento repunte como válidas la elección de cualquiera de ambas opciones.

Rápido y ágil no son sinónimos de oscuridad, desigualdad y divergencia. Se puede ser rápido y ágil a la vez que garantizar la igualdad, la publicidad, la difusión, la transparencia y la concurrencia.

Y se puede ser simple. Porque la simplicidad es la máxima sofisticación.

Este es el futuro.

15. Aquí podemos aprender del alpinismo moderno. Durante décadas las montañas se escalaron con una actitud de ataque militar. Expediciones enormes, de cientos de personas, asediaban la montaña durante meses. Hoy en día, el mantra es "ligero y rápido". En el alpinismo de élite, los alpinistas eliminan lo superfluo. La regla al armar la mochila es elegir sólo lo estrictamente necesario. Y una vez que tenemos lo estrictamente necesario, se sugiere eliminar un poco más. Si, se lleva menos de lo que se necesita. Este estilo se denomina *estilo alpino*. "Ir ligero y rápido supone tener la máxima autonomía y decisión posibles, pero siempre que decidas llevar poca comida, combustible y reducir el material a niveles marginales, aceptas un riesgo grande y por tanto tienes que asumir una gran responsabilidad. Si vas demasiado ligero, o se te cae una pieza del material, o el tiempo se estropea, tendrás que abandonar. O si estás demasiado alto, tendrás que abandonar por arriba lo más deprisa posible. Tienes que seguir moviéndote a toda costa. El movimiento es tu único refugio seguro." (Twight, Mark F. / Martin, James, *Alpinismo Extremo. Escalar alto, rápido y ligero*, 2º ed., Madrid, Desnivel, 2002, p. 123). La ventaja de este tipo de técnicas del *estilo alpino* es la rápida adaptabilidad a cualquier circunstancia que se presente. Y aunque la analogía parezca exagerada, el *estilo de escalada alpino* se utiliza y enseña como *couching* en distintos ámbitos. Hace poco, el New York Times publicó una columna titulada "What Mountain Climbing Can Teach You About Business" (http://mobile.nytimes.com/2015/06/15/your-money/what-mountain-climbing-can-teach-you-about-business.html?referrer&_r=0) y trata precisamente de lo que el estilo alpino de escalada puede enseñarle al mundo de los negocios.

V. LA LICITACIÓN 3.0.

V.a) La licitación tradicional y la licitación 3.0.

Nuestra propuesta inicia con la idea de crear un sistema que sea funcional, ágil y flexible como para contemplar todas las variantes posibles. Y que sin importar qué circunstancia de hecho acaezca, el sistema siga siendo eficiente y funcional y garantice los principios de igualdad, concurrencia, transparencia, difusión y publicidad. Para ello, la propuesta incluye la subsistencia del régimen tradicional y un procedimiento más ágil y rápido.

V.b) La difusión y publicidad

En el mundo de hoy, publicaciones en el boletín oficial y en los boletines provinciales, por quince o veinte días hábiles resulta obsoleto.

Como señalan Druetta y Guglielminetti, diversos autores consideran que el Boletín Oficial no constituye opción de publicación y difusión más conveniente.¹⁶

Hoy pasa esto y mucho más, porque tenemos internet.

Tomemos como base el art. 49 del Decreto 839/2012.¹⁷

La publicidad de la Licitación Pública en el Boletín Oficial se reduce a dos días. Y es que con una buena plataforma de publicidad y difusión, dos días son más que suficientes.

La publicación en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones debería ser obligatoria para todas las licitaciones públicas, aun cuando sean de las excluidas por el Decreto 893.

16. Druetta, Ricardo Tomás / Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 96, con cita de Escola, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 347.

17. Ver también art. 32 del Decreto 1023/2001.

Además de enviar comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los proveedores, productores, fabricantes, comerciantes, constructores, etc., y de enviar invitaciones a por lo menos cinco proveedores, se podría publicar por dos días en diarios de tirada nacional y en revistas especializadas.

Otra opción moderna son los anuncios web. Se trata de banners que aparecen en las páginas web en las cuales éstos se “cuelgan” y tienen un alcance amplísimo.

Las licitaciones de mayor envergadura podrían difundirse mediante este medio, tanto en páginas web oficiales como en páginas de mayor alcance y penetración.¹⁸ Los anuncios son económicos. De hecho, hay alternativas de pago por clic, que reduce los costos considerablemente.

Con todas estas medidas, la publicidad y difusión estarían más que garantizadas, pero a la vez los plazos se reducirían considerablemente. Y se lograría agilidad y flexibilidad.

V.c) El Data Room

Otra manera de dar difusión, cuando se trata de obras públicas, por ejemplo, es instalar un *data room* o sala de información. Se puede exigir entonces que si el administrador elige el procedimiento corto, deba instalar un *data room* permanente para que los oferentes puedan evacuar todas sus dudas. Las respuestas a las consultas o dudas de los oferentes en el *data room* luego deberían volcarse a una circular sin consulta y notificarse a todos los demás. De esta manera, además de dar mayor difusión, eliminamos los tiempos muertos del papelerío que implica la presentación de consultas y respuestas escritas. El procedimiento general resulta más ágil y gana en inmediatez.¹⁹

V.d) Las notificaciones

18. El sitio web Alexa, que se dedica a web analytics, ofrece un listado con los 500 sitios web con mayor alcance (<http://www.alex.com/topsites>).

19. Sobre la inmediatez en el proceso administrativo, ver CIMINELLI, DARÍO, “El principio de inmediación en el proceso administrativo”, *La Ley*, 2012-C, 820. Sobre un análisis económico del derecho y los beneficios de la inmediatez, ver BONINA, NICOLÁS, “Proceso judicial y medidas cautelares. Análisis económico de la ineficiencia”, *La Ley*, 2012-E, 6 y Bonina, Nicolás, “La nota a fallo que no merecía título”, *La Ley*, 2013-C, 554.

El art. 56 del Decreto 893/2012 incorpora en su inciso g) la notificación por correo electrónico, junto a otros medios de notificación.

El avance fulminante de la tecnología impondrá en algún momento que todas las notificaciones se realicen vía correo electrónico. La tendencia se mueve en ese sentido. Ya hoy en día notificaciones de pagos, transacciones bancarias, tarjetas de crédito, inversiones, contratos informáticos se materializan vía e-mail.

Por ello, podríamos avanzar en establecer que la notificación vía correo electrónico con aviso de recepción constituya *notificación fehaciente*,²⁰ y así obtenemos un medio de notificación mucho más rápido y ágil que cualquier otro medio “analógico”.

VI. LA LICITACIÓN PÚBLICA 3.0 Y LA ADJETIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO – A MODO DE CONCLUSIÓN

La *adjetividad* del contrato administrativo se refiere precisamente al *cómo*. A cómo seleccionar contratista estatal de una manera ágil, rápida y flexible pero que respete y garantice la difusión, publicidad, transparencia, igualdad y concurrencia, para que la administración contrate siempre con la oferta más conveniente.

Ser ágiles al elegir contratista implica conseguir contratos más económicos, al reducir los costos de transacción. Se reduce la incertidumbre del factor tiempo. Téngase en cuenta que muchas veces se debe superar una licitación que dura seis meses para contratar una obra cuyo plazo de ejecución es de tres meses. El oferente carga la incertidumbre del factor *tiempo* al precio. Porque el tiempo es dinero, siempre. Una obra de tres meses de ejecución debería poder contratarse en un mes y medio, como máximo.

Desde ya, existen innumerables cuestiones que hacen a esta problemática que exceden el objeto del presente trabajo, como por ejemplo, la propia ineficiencia de la administración. Muchas veces, la lentitud de la licitación pública viene dada por la ineficiencia del enorme aparato burocrático estatal. El *cómo* se podría

20. Reglamentando y aplicando, obviamente, protocolos de seguridad para resguardar la certeza de la notificación, de la recepción, de quien lo envía y recibe y de su contenido.

modificar esta práctica socio-cultural excede el ámbito del presente trabajo y parece más apropiado para el ámbito de la sociología o la ciencia política.

Otra cuestión que atenta contra la agilidad de la licitación pública es la práctica recurrente de efectuar licitaciones de etapa múltiple, cuando la tendencia en organismos internacionales u otros países es reservar la etapa múltiple para licitaciones de gran envergadura y complejidad técnica.²¹

Como se puede ver, las causas que conllevan a esta actualidad son muchas y precisan distintos abordajes. Existen también otras alternativas para afrontar la adjetividad del contrato administrativo, tales como incrementar los montos del art. 10 de la Ley de Obras Públicas o circunscribir el procedimiento de etapa múltiple a casos específicos.²²

Aquí sólo se intenta ofrecer una alternativa técnico-jurídica que, aceptando como dada la ineficiencia burocrática-estatal y sin adentrarse en las causas de la misma, pueda uniformar un sistema de selección del contratista estatal que otorgue a todo administrador, la posibilidad de elegir válidamente entre la opción tradicional y otra más flexible y ágil, garantizando en ambas opciones, los principios de igualdad, transparencia, difusión, publicidad y concurrencia.

El objeto del presente trabajo es, en definitiva, cambiar el eje de la discusión, desde la sustantividad hacia la *adjetividad* del contrato administrativo y abrir el debate.

Pues la *adjetividad*, al fin y al cabo, es el llamado a ponernos creativos, es el futuro en el tiempo presente. Es la tendencia y el camino a seguir.

21. Hoy en día, se ha hecho costumbre que se licite cualquier obra civil por un procedimiento de etapa múltiple y “llave en mano”, exhibiendo un desconocimiento de la finalidad y características de ambos institutos, y ralentizando el procedimiento de selección en obras que podrían licitarse mucho más rápido.

22. Ambas, ideas del amigo y colega, Esteban Bogut Salcedo, quien generosamente las compartió con quien suscribe.