

EZEQUIEL CASSAGNE
ABOGADO
C.P.A.C.F. 779 P0168 C.A.S. 17 XLII P 401

JOSÉ LUIS
BENAVIDES

PABLO
MORENO CRUZ
(eds.)

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN AMÉRICA LATINA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

La contratación pública en América Latina / editores José Luis Benavides, Pablo Moreno Cruz. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2016.
777 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587104844

1. Contratos administrativo — Jurisprudencia — América Latina 2. Funcionarios públicos — Aspectos jurídicos — América Latina 3. Administración pública — Jurisprudencia — América Latina 4. Contratos públicos — Jurisprudencia — América Latina 5. Contratos públicos — América Latina — Informes 6. Derecho administrativo — Aspectos jurídicos — América Latina I. Benavides, José Luis, editor II. Moreno Cruz, Pablo Andrés, editor III. Universidad Externado de Colombia. III. Título.

344 SCDD 20

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Esta publicación es el resultado de un proyecto sobre la contratación pública en América Latina, financiado, conjuntamente, por la Universidad Externado de Colombia y la Fondation pour le Droit Continental.
Para ambas instituciones nuestro más sincero agradecimiento.

Los editores

ISBN 978-958-772-484-4

© 2016, JOSÉ LUIS BENAVIDES Y PABLO MORENO CRUZ (EDS.)

© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Nomos Impresores

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ARGENTINA

Ezequiel Cassagne¹

I. EL RÉGIMEN CONTRACTUAL

En Argentina existe un régimen general de contrataciones de la Administración nacional (en adelante, RCAN), aprobado por el Decreto 1023/2001², que incluye los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción de compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, y todos los contratos no excluidos expresamente. El propio régimen excluye de manera expresa los contratos de empleo público, las compras de caja chica, los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito o sean financiados por éstas, y los comprendidos en operaciones de crédito público.

Al propio tiempo, al ser Argentina un país federal, y no ser la contratación administrativa una facultad delegada por las provincias en la Constitución Nacional al poder federal, cada una de las provincias, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen su propio régimen de contrataciones.

El RCAN, ha sido reglamentado por el Decreto 893/2012. Por su parte, el propio RCAN ha establecido que el Título III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos n.º 19.549, que contiene las normas que regulan el acto administrativo, se aplica en forma directa a los contratos administrativos regidos por el RCAN, y las leyes especiales, en cuanto fuere pertinente³.

La mención efectuada de las leyes especiales no es menor, toda vez que en Argentina existen en el ámbito nacional varios regímenes especiales de contratación. Entre estos regímenes especiales podemos destacar, entre otros:

- ¹ Profesor adjunto de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Argentina.
- ² El Decreto 1023/2001 ha sido dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso Federal.
- ³ En rigor, el RCAN modifica el artículo 7 *in fine* de la Ley 19.549, que en su anterior redacción solo preveía su aplicación analógica a los contratos administrativos.

1) el de empleo público, que ha sido expresamente excluido de la legislación general, y se rige por la Ley Nacional de Empleo Público n.º 25.164; 2) el de obra pública, regido por la Ley 13.064 y sus disposiciones reglamentarias, pero que, a diferencia del de empleo público, se integra con las normas pertinentes del RCAN, que expresamente así lo dispone⁴; 3) Las concesiones de obra pública, que al igual que las obras públicas, tienen un régimen propio, en la Ley n.º 17.520, pero también se les aplica el RCAN.

A su vez, en el ámbito nacional existen algunas regulaciones contractuales para ciertos tipos de contrataciones o modalidades de contratación, como ser: 1) el régimen de asociación público-privada⁵; 2) el régimen nacional de iniciativa privada⁶, y 3) el régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura, que establece un marco jurídico alternativo a las leyes obra y concesión de obra pública, y que excluye expresamente cualquier prerrogativa estatal que no estuviera incluida en cada contrato o en dicho régimen⁷.

No obstante la coexistencia del régimen general y los regímenes especiales, en Argentina se impone, como se analizará más adelante, la regla del concurso o licitación pública para la selección del contratista, dada la aplicación de los principios de máxima concurrencia, igualdad, transparencia y publicidad, salvo desde luego los supuestos específicos que la propias normativas prevén para situaciones puntuales que habilitan otro modo de selección, como la contratación directa, la subasta pública, o la licitación o concurso abreviados.

Ocurre que en Argentina se reconocen los principios generales del derecho, y su aplicación al derecho administrativo. Es así que encontramos los principios de transparencia, publicidad, motivación, amplia defensa, legalidad, imparcialidad, oficialidad, realidad, razonabilidad, celeridad, economía, confianza legítima y buena fe, entre otros⁸. La recepción de los principios generales del derecho por el derecho administrativo tiene orígenes

⁴ Ver artículo 35 RCAN, que establece que las disposiciones del Título I del RCAN, o sea prácticamente todo el régimen, serán aplicables a los contratos de obra pública regidos por la Ley 13.064, en tanto no se oponga a sus prescripciones.

⁵ Aprobado por Decreto 967/2005.

⁶ Aprobado por Decreto 966/2005.

⁷ Régimen instaurado en el Decreto 1299/2000.

⁸ Cfr. CASSAGNE, EZEQUIEL. "El principio de razonabilidad en el Procedimiento Administrativo", en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 681.

diversos, dado que, aparte de su origen natural, se encuentran reconocidos en la Constitución Nacional, muchos de manera expresa, y otros en cambio de forma implícita, como consecuencia de uno de los objetivos principales que los representantes del pueblo se fijaron en el propio preámbulo de la Carta Magna, que consiste en afianzar la justicia.

A su vez, muchos principios aplicables a nuestro ordenamiento público están expresamente reconocidos en las normas que integran el derecho privado, especialmente en el Código Civil, en las normas que conforman el derecho internacional y en las propias instituciones del derecho administrativo. En materia estrictamente contractual, el propio RCAN establece los principios generales a los que deberá sujetarse la gestión de las contrataciones, entre los que destaca: 1) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público; 2) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; 3) Transparencia en los procedimientos; 4) Publicidad y difusión de las actuaciones; 5) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones, y 6) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes⁹.

Ahora bien, no todos los contratos que celebra la Administración son contratos administrativos. Existen también, por ejemplo, contratos interadministrativos, y contratos de derecho privado. Los contratos interadministrativos son aquellos contratos que celebran las jurisdicciones y entidades el Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caracterizados por la ausencia de prerrogativas estatales, y en los cuales rige, por ejemplo, el principio de la contratación directa¹⁰.

Los contratos de objeto privado o parcialmente regidos por el derecho privado, por su parte, son aquellos contratos que celebra la Administración con los particulares y que carecen de prerrogativas públicas, rigiéndose por el derecho civil y comercial en sus elementos esenciales, como ser el contrato de compraventa de un bien de dominio privado del Estado, o el contrato de locación de obra o servicio efectuado por una empresa o sociedad

9 Ver art. 3 del Decreto 1023/2001 (RCAN).

10 Ver art. 25 del Decreto 1023/2001. Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El Contrato Administrativo*, 3.ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 16, 29.

del Estado¹¹, o el contrato de arrendamiento de tierras fiscales. Si bien no existe en Argentina un régimen que clasifique estos contratos, la doctrina, en general, ha reconocido su existencia y la distinción respecto de los contratos administrativos¹².

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha recogido la distinción apuntada al atribuir, en forma reiterada, carácter civil a determinados contratos celebrados por la Administración Pública, como el de compraventa y arrendamiento de tierras fiscales¹³. La característica distintiva de este tipo de contratos es la ausencia de un régimen jurídico exorbitante del derecho común y la inexistencia de un fin público directo e inmediato,

11 El caso típico son los contratos que celebran las sociedades del Estado, o el caso de las empresas estatales, que incluso muchas veces adoptan la forma jurídica de una sociedad anónima por acciones. Ver Fallos 311:750. La ley que regula las sociedades del Estado incluso las excluye de las leyes de contrataciones, como ser el régimen general (antes incluido en la ley de contabilidad) y la ley de obra pública. Ver art. 6.º de la Ley 20.705. Afirma CASSAGNE que cuando el Estado, ante la insuficiencia de la iniciativa privada, decide utilizar el canal de empresas públicas para llevar a cabo actividades de carácter industrial y/o comercial, debe regir su actuación bajo las reglas del derecho privado: ver CASSAGNE, JUAN CARLOS. "La caracterización legal de las contrataciones de la administración nacional", en AA.VV., *Summa de derecho administrativo, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia, Revista de Derecho Administrativo, Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, 2013, p. 2085. En un mismo sentido, y al tener que definir la competencia jurisdiccional, la Cámara Federal en Pleno sostuvo que "las acciones derivadas del contrato de suministro en que sean parte empresas del Estado, serán de competencia de la justicia en lo civil y comercial federal, en tanto que aquellas en que actúe el Estado Nacional y sus entidades descentralizadas serán de conocimiento de los juzgados en lo contencioso administrativo": *in re* Plenario del 16.09.76, ED T. 73, p. 179 y LL, T. 1977-B, p. 30.

12 Ver MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III A, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pp. 44, 117 ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El Contrato Administrativo*, 3.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 16; BIELSA, RAFAEL. *Derecho Administrativo*, t. II. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1955, p. 146; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO. "Los contratos privados de la Administración", en AA.VV., *Régimen de contrataciones y Compra Nacional*, Buenos Aires: RAP, 2002, p. 29 ss.; COMADIRA, JULIO; ESCOLA HÉCTOR y COMADIRA, JULIO PABLO. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, pp. 758 ss.; BERCAIZ, MIGUEL A. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 246; COVIELLO, PEDRO. "Los contratos de derecho privado de la Administración", en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*. Buenos Aires: RAP, 2007, pp. 225 ss.; GORDILLO, si bien afirma que todos los contratos que celebra la Administración son contratos administrativos, entiende que en algunos supuestos su objeto puede estar regulado por el derecho privado. Ver al respecto GORDILLO, AGUSTÍN. "Los contratos Administrativos", en AA.VV., *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, t. I, Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 17. Distinta es la posición de MAIRAL, quien directamente rechaza la teoría del contrato administrativo. Véase MAIRAL, HÉCTOR, "La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico", *Revista El Derecho*, pp. 181-942.

13 Fallos: 259:343 (1964); 286:333; 301:525; 312:985 y 321:720.

aunque les son aplicables ciertos principios de derecho público, como los que emanan del principio de transparencia y razonabilidad. Recientemente, varios tribunales de nuestro país (de primera instancia y de alzada), con apoyo incluso en los dictámenes de los fiscales de cada instancia, han decidido en forma cautelar un caso trascendente en la materia, reconociendo la existencia de un contrato de derecho privado en el que interviene el Estado Nacional. Se trataba justamente de un supuesto de venta de un bien de dominio privado del Estado, que el Poder Ejecutivo luego de veinte años de su perfeccionamiento intentó rescindir unilateralmente, en un uso abusivo de sus prerrogativas públicas, conducta que fue impedida por la decisión de la justicia¹⁴.

Los principales efectos de la distinción entre un contrato administrativo y un contrato regido parcialmente por el derecho privado son que en estos últimos se presentan: 1) el respeto a la igualdad entre las partes; 2) las reglas principales y orientadoras del *pacta sunt servanda* y del *lex inter partes*; 3) la ausencia de prerrogativas públicas en los contratos de objeto privado; 4) la aplicación de las normas de fondo de derecho común, civiles o comerciales,

14. En ese orden, al aceptar la competencia del fuero civil y comercial federal para entender en la medida cautelar interpuesta, la Alzada, tuvo oportunidad de señalar que “no surge que la demandada se hubiera reservado prerrogativas que exceden el marco de cualquier contratación privada” ni que “la relación entre las partes enfrentadas estaría ‘prima facie’ regulada preponderantemente por el derecho administrativo”, especialmente “en lo que concierne a la ejecución y fiscalización del contrato, que es lo que se estaría debatiendo en autos”: *in re Sociedad Rural Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Medidas Cautelares* (Expte. n.º 271/12), Resolución de 20 de abril de 2012. A igual conclusión llegó el Fiscal General ante la Cámara en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal en el dictamen emitido en la causa con fecha 3 de abril de 2012, al reconocer que la compraventa inmobiliaria objeto de la demanda entablada por la parte actora resulta ser “un contrato civil cuya índole y alcances deberá examinar el juez mediante la aplicación preponderante de normas y principios que no exceden el derecho común”. Luego, el mismo criterio fue seguido en esos mismos autos por el Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, que al remitirse a los términos expuestos por el dictamen fiscal, sostuvo que “En el caso, se trata de la compraventa de un inmueble del dominio privado del Estado, del cual no surge la aplicación de normas de derecho público alguna, ni cláusulas exorbitantes del derecho común”. “Por ello se trata de una pretensión regida por principios y normas propias del derecho civil, sin que se encuentre afectada su naturaleza de derecho privado por la declaración de nulidad efectuada mediante decreto”. Finalmente, en fecha 4/01/2013, la Sala de FERIA de la Alzada, con una integración distinta, también reconoció la existencia de ese contrato de objeto privado, al sostener que “en principio, la potestad revocatoria de la administración no procedería en las relaciones jurídicas regidas por el derecho privado, donde no prima directa e inmediatamente el interés público que justificaría y legitimaría tal prerrogativa”.

y 5) la jurisdicción contenciosa civil o comercial¹⁵. No obstante lo expuesto, es importante destacar que los contratos de objeto privado que celebra la Administración no se encuentran alejados por completo de la aplicación del derecho administrativo, que igualmente regula determinados aspectos, tales como la competencia, y en algunos casos hasta los procedimientos de selección de contratistas.

Finalmente, resulta menester señalar que aun en los contratos administrativos se aplica el derecho privado. Ello toda vez que los códigos Civil y Comercial de Argentina contienen importantes reglas de derecho e interpretación de los contratos, que deben aplicarse en forma analógica a los contratos administrativos, siendo que estos contratos públicos son, al igual que los contratos privados, verdaderos acuerdos sobre una declaración de voluntad común, que generan relaciones jurídicas en las que debe primar la buena fe, principio que fundamenta todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado¹⁶. Por su parte, la Corte Suprema de la Nación ha dicho que la aplicación del derecho privado a los contratos se hace de manera subsidiaria¹⁷. Al respecto, es importante hacer notar que el 1 de agosto de 2015 comenzó a regir en Argentina un código civil y comercial unificado, que modificó los anteriores códigos.

2. GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

Los procesos de globalización y de integración regional y mundial que se acentuaron durante las últimas décadas del siglo XX proyectaron importantes consecuencias sobre el sistema jurídico de Argentina en general, y sobre el ordenamiento jurídico administrativo en particular.

El número de normas internacionales que proyectan efectos sobre el régimen de derecho administrativo argentino es amplísimo. A continuación nos limitaremos a señalar solo algunas de las normas internacionales que resultan aplicables al ámbito del derecho público argentino que, por sus particularidades, presentan una influencia considerable sobre el mismo.

15. Cfr. GALLI BASUALDO, MARTÍN. “El contrato de derecho privado de la administración”, en AA.VV., *Tratado General de los contratos públicos*, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 398 ss.

16. Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pp. 34 ss.

17. Véase Fallos: 296:729.

En primer lugar, cabe tener presente que en numerosos tratados internacionales suscritos por la República Argentina se encuentran consagrados derechos y garantías que resultan plenamente aplicables a las contrataciones entre la Administración y los particulares.

Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2, 8 y 17) y la Declaración Americana de Derechos Humanos (arts. XVIII y XXIII) consagran, entre otros, los derechos de las personas a disponer de su propiedad y a no ser arbitrariamente privadas de ella, de acceder a la justicia en defensa de sus derechos, y a la igualdad. Se trata de derechos esenciales que marcan límites al accionar del Estado en sus vínculos contractuales con los particulares, en tanto vedan toda posibilidad de confiscación de la propiedad, y el trato discriminatorio, entre muchos otros atropellos a los derechos de los administrados co-contratantes.

Los tratados precedentemente mencionados adquirieron, a partir de la reforma introducida a la Constitución Nacional en el año 1994, jerarquía constitucional. Existen por tanto un conjunto de derechos y garantías—vinculados básicamente a la tutela del derecho de propiedad y de contratación—consagrados en normas de carácter internacional que poseen jerarquía constitucional, por lo que resultan preceptos estables rectores de la actividad económica en general y, por ende, de la contratación administrativa.

Por otra parte, una de las proyecciones del proceso de integración al que nos referimos precedentemente es la incorporación de normas supranacionales al ordenamiento local tendientes a canalizar el intercambio económico entre naciones y, por ejemplo, las relaciones entre los Estados contratantes y proveedores o prestadores extranjeros.

En este sentido, el intercambio internacional de bienes y servicios exige un conjunto de normas relativamente homogéneas que brinde a los inversores un mínimo de certeza y seguridad jurídica. Como respuesta a esta necesidad, a principios de los años 80 entró en vigor el "Acuerdo sobre la Contratación Pública"¹⁸—cuya versión actual fue aprobada en el año 1994—, negociado en el marco del GATT. En este documento se establecieron principios de selección del contratante mediante licitación pública, transparencia, apertura y no discriminación en las contrataciones públicas de los países adherentes.

¹⁸ El acuerdo ha sido suscrito por 28 países.

La República Argentina también ha suscrito una serie de tratados bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones con numerosos países¹⁹, en los que se establecen las condiciones de tratamiento recíproco de las inversiones de los Estados firmantes. Estos tratados, incorporados a la legislación nacional por leyes dictadas por el Congreso de la Nación, tienen por fin permitir la realización de inversiones, en condiciones no discriminatorias, de empresas y sujetos de un país suscriptor en el ámbito del otro, incluidas las contrataciones de empresas y personas extranjeras con la Administración.

También deben mencionarse los tratados internacionales, incorporados al ordenamiento jurídico nacional, orientados al establecimiento de reglas de transparencia y lucha contra la corrupción, que contienen estrictas reglas aplicables a la contratación administrativa. Entre otros tratados cabe mencionar la "Convención Americana de Lucha contra la Corrupción" y la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción". En ambos casos se trata de normas que tienden a asegurar, entre otros objetivos, condiciones transparentes de contratación pública.

Uno de los hitos en el proceso de integración de Argentina con otras naciones fue la lenta y dificultosa construcción del bloque regional MERCOSUR²⁰, que tuvo destacables proyecciones sobre la normativa vigente en materia de contrataciones. En este sentido, el Consejo del Mercado Común²¹

¹⁹ Entre los tratados de protección recíproca de inversiones suscritos por la República Argentina pueden mencionarse los siguientes: Tratado con Estados Unidos, aprobado por Ley 24.124; Tratado con Alemania, aprobado por Ley 24.098; Tratado con Francia, aprobado por Ley 24.100; Tratado con Italia, aprobado por Ley 24.122; Tratado con España, aprobado por Ley 24.118; Tratado con Finlandia, aprobado por Ley 26.614; Tratado con Israel, aprobado por Ley 24.771; Tratado con Australia, aprobado por Ley 24.728; Tratado con Dinamarca, aprobado por Ley 24.327; Tratado con Egipto, aprobado por Ley 24.248; Tratado con Panamá, aprobado por Ley 24.971; Tratado con Rusia, aprobado por Ley 25.353; entre muchos otros.

²⁰ El Mercosur fue creado por el Tratado de Asunción, celebrado el 26/3/1991 entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, incorporado a la legislación argentina por Ley 23981.

²¹ En este sentido, el artículo 13 del Tratado de Asunción, por el que se procedió a crear el MERCOSUR, establece que "El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercado Común y será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

"El Grupo Mercado Común tendrá facultad de iniciativa. Sus funciones serán las siguientes:

"- velar por el cumplimiento del Tratado;

"- tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo;

"- proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del Programa de Liberación Comercial, a la coordinación de políticas macroeconómicas y a la negociación de acuerdos frente a terceros;

"- fijar el programa de trabajo que asegure el avance hacia la constitución del Mercado Común.

del MERCOSUR dictó, entre otras normas, la Decisión 40/2003, por la que se aprobó el "Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur", que postula entre sus objetivos el de proporcionar a los proveedores de bienes y servicios radicados en los Estados parte condiciones de trato no discriminatorias en los procesos de contrataciones llevados adelante por las entidades públicas de todos los niveles de los Estados parte.

Se trata de un reglamento, creado por un órgano del MERCOSUR, que contiene reglas generales como, por ejemplo: 1) tratamiento, para cada empresa de un Estado parte del MERCOSUR, no menos favorable que el que se brinde a empresas de otros Estados parte o miembros de terceros países; 2) sometimiento de los procedimientos de selección de los contratistas a los principios de transparencia, libre concurrencia, no direccionamiento a oferentes determinados, igualdad, no discriminación, acceso igualitario a la información; 3) limitación de los supuestos de aplicación del procedimiento de contratación directa; 4) no discriminación en el proceso de calificación de los oferentes en procesos de selección; 5) publicidad de los llamados a licitación²².

En la referida Decisión 40/2003 se estableció que las controversias que se susciten entre los Estados parte con motivo de la aplicación de las reglas del "Protocolo de Contrataciones" serán resueltas mediante los mecanismos de resolución de controversias vigentes en el MERCOSUR.

Es importante tener presente que la jurisprudencia de la República Argentina tiene establecido que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a la de las leyes²³ nacionales, de manera que las normas internas no pueden desconocer las reglas consagradas en pactos internacionales.

"El Grupo Mercado Común podrá construir los Sub-grupos de Trabajo que fueren necesarios para el cumplimiento de sus cometidos. Inicialmente contará con los Sub-grupos mencionados en el Anexo V. El Grupo Mercado Común establecerá su Reglamento interno en el plazo de 60 días a partir de su instalación".

22 En relación con el proceso de emisión del referido protocolo se ha sostenido que "Ninguno de los Estados miembros del MERCOSUR tenía experiencia en acuerdos internacionales de este tipo y las negociaciones llevaron un largo tiempo antes de que pudiera alcanzarse un consenso. El resultado final fue la primera versión del Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR—que iba a ser parte del Tratado de Asunción—, aprobado por decisión CMC 40 del 15 de diciembre de 2003 (el Primer Protocolo). Este Protocolo fue visto como una herramienta esencial del MERCOSUR para el fortalecimiento de la unión aduanera del Mercado Común": MURATORIO, JORGE I. "Contrataciones Públicas en el Mercosur", en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.). *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. II, Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 441.

23 Entre otros precedentes de la Corte Suprema de Justicia en los que se consagró el principio de

Juntamente con las normas internacionales y supranacionales de aplicación obligatoria incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, el proceso de globalización determinó la emisión, por parte de diferentes organismos, de un conjunto de recomendaciones, indicaciones, guías y lineamientos para la actuación de la Administración en materia de contrataciones que también funcionan como pautas para la actuación del Estado. Este conjunto de pautas y recomendaciones es conocido como "*soft law*".

Pese a su carácter de normas indicativas, la especialización y autoridad técnica y jurídica de los organismos que las emiten, así como la necesidad de uniformar las prácticas de contratación con las vigentes en otros países, hacen que, en muchos casos, este conjunto de normas ordenadoras tenga una influencia considerable en el diseño de las normas de contratación nacionales y en la práctica en la materia.

Entre las reglas que integran el plexo orientador conocido como "*soft law*" vinculadas a contrataciones públicas se pueden mencionar, por ejemplo, las reglas UNCITRAL emitidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional referidas a la "Contratación Pública de Obras, Bienes y Servicios", y a las "Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada".

También se han señalado como ejemplos de este tipo de normas indicativas el "Contrato Modelo Llave en Mano para Grandes Proyectos", elaborado por la Cámara de Comercio Internacional, o los contratos modelo aprobados por la Association of International Petroleum Negotiators (AIPN) y, en relación con las obras públicas de Ingeniería, las recomendaciones de la Federación Internacional de Ingenieros y Consultores²⁴.

En la medida en que se trata de recomendaciones que nacen al amparo de las cambiantes necesidades y usos comerciales y contractuales, el conjunto de disposiciones que integran el "*soft law*" se encuentra en permanente cambio, mediante la incorporación de nuevas pautas y la modificación de las existentes.

supremacía de los tratados internacionales cabe mencionar los siguientes: *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*, 07/07/1992, Fallos 315:1492; y *Cafés La Virginia S.A.*, 13/10/1994, Fallos: 317:1282.

24 Cfr. AGUILAR VALDEZ, ÓSCAR. "Fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas", en JUAN CARLOS (dir.). *Tratado General de los Contratos Públicos*, cit., t. II, p. 677.

Un ejemplo de incorporación normativa de las reglas que integran el "soft law" es el previsto en el artículo 73 del Decreto 893/2012 por el que se aprobó el Reglamento de Contrataciones de la Administración, en el que se establece que los pliegos de Bases y Condiciones particulares deben ajustarse "a los términos comerciales de uso habitual en el comercio internacional, tal como, entre otras, las 'Reglas Oficiales de la Cámara de Comercio Internacional para la Interpretación de Términos Comerciales-INCOTERMS'".

3. PLANEACIÓN Y PLANIFICACIÓN EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS

En Argentina, el órgano rector para todas las contrataciones de la Administración Pública es la Oficina Nacional de Contrataciones, que funciona en el ámbito de la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Este organismo tiene a su cargo el deber de diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones²⁵. Asimismo, cada entidad (toda organización pública con personalidad jurídica) y cada jurisdicción (Poder Legislativo, Poder Judicial, Ministerio Público, Presidencia de la Nación, Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministerios, Secretarías del Poder Ejecutivo Nacional)²⁶ tendrá sus respectivas unidades operativas de contrataciones que tienen a su cargo la gestión de las contrataciones.

El Decreto 893/12 prescribe que las unidades operativas de contrataciones elaboran el plan anual de contrataciones, de conformidad con los créditos asignados por la respectiva Ley Nacional de Presupuesto, el que deberá ser aprobado por la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad contratante. En rigor, cada unidad ejecutora de programas o proyectos formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en dicha Ley de Presupuesto de la Administración Nacional. A tales fines, las unidades requirentes deberán brindar la información que les requiera la unidad operativa de contrataciones. En algunos casos especiales, podrá efectuarse la programación por períodos mayores a

²⁵ Ver art. 23 del Decreto 1023/01.

²⁶ Cfr. art. 9 de la Ley 24.156.

un año²⁷. El plan anual de contrataciones se envía a la Oficina Nacional de Contrataciones, la que centraliza la información resultante de los planes anuales de contrataciones, debiendo difundirlos en su sitio de Internet²⁸. En tal entendimiento, existe un sistema descentralizado de contrataciones, en cada entidad y jurisdicción, pero coordinado por un organismo rector, que funciona en la órbita del segundo órgano más importante de la Administración Pública, esto es, la Jefatura de Gabinete de Ministros, cuyo mandato constitucional le asigna la administración del país y la ejecución de la ley de presupuesto²⁹.

Al respecto es importante destacar que cada contratación deberá contar con su partida presupuestal pertinente³⁰. En tal entendimiento, la Ley Nacional de Administración Financiera n.º 24.156 expresamente prevé que el Poder Ejecutivo Nacional fijará anualmente los lineamientos generales para la formulación del proyecto de ley de presupuesto general. A tal fin, las dependencias especializadas del mismo deberán practicar una evaluación del cumplimiento de los planes y políticas nacionales y del desarrollo general del país para poder, sobre estas bases y una proyección de las variables macroeconómicas de corto plazo, preparar una propuesta de prioridades presupuestarias en general y de planes o programas de inversiones públicas en particular. Se consideran como elementos básicos para iniciar la formulación de los presupuestos, el programa monetario y el presupuesto de divisas formuladas para el ejercicio que será objeto de programación, así como la cuenta de inversiones del último ejercicio ejecutado y el presupuesto consolidado del sector público del ejercicio vigente. Sobre la base de los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y organismos descentralizados, y con los ajustes que resulte necesario introducir, la Oficina Nacional de Presupuesto, que es el órgano rector en materia presupuestaria, confecciona el proyecto

²⁷ Ver. arts. 12 ss. del Dec. 893/12.

²⁸ Ver. art. 13 del Dec. 893/12. El sitio de internet de la Oficina Nacional de Contrataciones es: www.argentinacompra.gov.ar

²⁹ Ver art. 100 de la Constitución Nacional.

³⁰ En la Ley de Obra Pública expresamente se indica, por ejemplo, que "no podrá llamarse a licitación ni adjudicarse obra alguna, ni efectuarse inversiones que no tengan crédito legal". Ver art. 7 Ley 13.064. Es que, como bien señalan DRUETTA y GUGLIEMINETTI, "el respaldo presupuestario de las inversiones es una condición ineludible sin la cual la Administración, bajo pena de responsabilizar patrimonialmente a sus funcionarios, no puede celebrar el contrato de obra pública. Ver DRUETTA, RICARDO y GUGLIEMINETTI, PATRICIA, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, 2.ª ed., comentada y anotada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 54.