

---

# **Las debilidades en las contrataciones administrativas.**

## **¿Puede la Ciencia de la Administración hacer algún aporte para su fortalecimiento?**

---

Agustín Bernardo Bonaveri\*

### **I. Introducción. Algo sobre la Ciencia de la Administración**

El presente trabajo tiene por objeto plantear un esbozo aproximativo a la hipótesis planteada en el título –las debilidades en las contrataciones administrativas– y, dando por sentado su comprobación, analizar si la Ciencia de la Administración puede realizar alguno o algunos aportes para su fortalecimiento.<sup>1</sup>

A modo de aproximación al concepto de Ciencia de la Administración, se ha dicho que “la Administración Pública a lo largo de su historia, cuenta con un solo objeto de estudio, que es la actividad organizada del Estado. Woodrow

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Palermo, abonaveri@gmail.com

<sup>1</sup> Sobre el origen de la Ciencia de la Administración resulta útil destacar que:

“La Administración Pública ha recorrido una enorme distancia en el devenir histórico de la humanidad para reclamar su lugar como disciplina científica dentro del ámbito de las Ciencias Sociales, desde los cameralistas que en el siglo XVI comienzan de manera consciente el estudio de la administración pública, hasta la ciencia de la policía como el germen más auténtico de nuestra actual disciplina. Al respecto, uno de sus primeros orígenes de la Administración Pública se remonta a principios del siglo XVIII, cuando los soberanos de Prusia establecieron las primeras cátedras de enseñanzas científicas de los quehaceres administrativos para los servidores del Estado. La Ciencia de la Administración Pública comenzó a ser practicada desde 1727, mientras que en 1729 había aparecido el primer libro de texto para la enseñanza administrativa. Por supuesto que la Administración Pública antigua nace en 1808 con Bonnin y su obra *Compendio de los Principios de la Administración Pública*. Entonces el linaje de la Administración Pública es europeo y deviene de diversas obras que contribuyen a esta fundación disciplinaria, como son el *Arthasastra*, los *espejos de príncipes musulmanes* y los *consejeros de príncipes*, entre otros. Sin embargo, la fundación de la Administración Pública moderna lo establece el ensayo *Estudio de la Administración* de Woodrow Wilson en 1887, que nace en los Estados Unidos como un campo de estudio que reclama su propio título e identidad teórica”.

Cfr. Sánchez González, José Juan, “Notas sobre la Ciencia de la Administración Pública”, en: *Encrucijada, Revista Electrónica del Centro de Estudios en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales*, Segundo Número, mayo-agosto, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 5.

Disponible en: <http://revistas.unam.mx/index.php/encrucijada/article/view/58549>

Wilson (1967:85) –padre de la Administración Pública moderna- en su estudio clásico señala que la Administración como ciencia práctica “(...) el objeto del estudio administrativo es descubrir, primero, qué puede hacer adecuadamente y exitosamente el gobierno, en segundo lugar cómo puede hacerlo con la máxima eficiencia y al mínimo costo posible, tanto de dinero como de energía”.<sup>2</sup>

Tratándose de una disciplina *in fieri*, no ha quedado ajena a cuestionamientos tanto de orden metodológico como de especificidad de objeto de estudio. En este sentido se ha señalado que “cuando en la actualidad se cuestiona la naturaleza científica de la Ciencia de la Administración se alude al debate académico que se viene produciendo sobre este hecho desde los años cincuenta del pasado siglo. Los términos de la debilidad de la disciplina se fundamentan en la falta de especificidad de un objeto y una metodología propios y en que la investigación metodológica no ofrece conocimiento fiable (Sánchez, 2001: 217 y ss.). A esas críticas se viene contestando desde los estudiosos de la Ciencia de la Administración en el sentido de que cuenta con un objeto de estudio histórico, y que para la Administración pública existen, además del método positivo, el crítico y el interpretativo (White, 1986; Sánchez, 2001: 254)”.<sup>3</sup>

No obstante la trayectoria histórica que tiene la Ciencia de la Administración, lo cierto es que en nuestro medio dicho abordaje no ha tenido la repercusión que quizás sería deseable que tuviera, en aras de sumar una mirada no normativa al estudio de la Administración y su funcionamiento, tarea que ha quedado monopolizada por el derecho administrativo.

Estas líneas están inspiradas en aspectos normativos de los procedimientos administrativos para las contrataciones públicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Nación, pero también de nutrientes no normativos, como ser conceptos de la Ciencia de la Administración, datos empíricos, y aproximaciones de la sociología del derecho.

De este modo, se plantea un abordaje que, sin pretender ni por lejos agotar el tema, sí intenta realizarse desde una mirada interdisciplinaria y que trascienda el análisis estrictamente jurídico para comprender y dar respuesta efectiva al problema planteado y no limitarse a una mera descripción formal del fenómeno.

Así, en el presente trabajo, se trata más de plantear interrogantes o posibles caminos a recorrer, una suerte de abordaje iniciático de la cuestión, más que un catálogo de planteos y respuestas. Entiendo que la propia naturaleza de la aproximación planteada –la interdisciplina y la aplicación de la Ciencia de la Administración- conspiran contra una respuesta directa y contundente como

---

<sup>2</sup> Cfr. Sánchez González, José Juan, “Notas...”, *supra* nota 1, p. 5.

<sup>3</sup> Cfr. Arenilla Sáez, Manuel, “*Administración Pública y Ciencia de la Administración: La Administración Pública entre Dos Siglos, Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, p. 39.

podría ser la que, eventualmente, puede dar la norma jurídica. Pero es a la vez, un estimulante ejercicio para intentar abordar el fenómeno de un modo más amplio y sistémico, y de este modo enriquecer la mirada y necesariamente las posibles soluciones o respuestas que emerjan.

Dentro de las miradas enriquecedoras encuentra dimensión especial la práctica administrativa, que pasa por el prisma analítico de la Ciencia de la Administración. No se trata, entonces, de una mera práctica acrítica y rutinaria, sino de la reflexión sobre esa práctica –y no una mera reflexión teórica desprovista de un vínculo con la realidad-. En este sentido se ha dicho que “la hora del quehacer práctico es también la de la ciencia de la Administración. En efecto, el práctico de la administración experimenta cotidianamente la discrepancia entre la vigente teoría jurídica de la misma y la realidad de su profesión. Ambas discrepan tanto que, si deben coincidir de nuevo, es preciso que reflexionen de un modo realmente radical sobre sus valores fundamentales comunes. Un fundamento sólido para estos valores no puede surgir de ningún sistema de Derecho Administrativo; tan sólo puede obtenerse una conciencia de los mismos partiendo de la propia Administración” (el subrayado me pertenece).<sup>4</sup>

Alejandro Nieto señala en la Introducción a su obra *El desgobierno de lo público* la necesidad de describir situaciones concretas con el fin de verificar la corrección de las hipótesis que el plantea. Y continúa “Porque las teorías y demás construcciones intelectuales político-sociales, por muy brillantes que parezcan y por mucha erudición que exhiban, cuando no van acompañadas de un análisis empírico corren el riesgo cierto de ser meras especulaciones frívolas, cuando no temerarias y aun demagógicas”.<sup>5</sup>

En sintonía con lo expresado por Nieto respecto a la importancia del análisis empírico, seguidamente se plantean tres escenarios concretos extraídos de la práctica de la actividad administrativa, vinculados a mecanismos irregulares que debilitan la concreción del interés público a alcanzar con la contratación pública (punto II).

Finalmente, se ensayan algunas vías de solución por carriles extranormativos vinculados a la Ciencia de la Administración (punto III).

## II. Prácticas irregulares que debilitan las contrataciones administrativas

En forma preliminar, es necesario precisar el alcance de la idea que se encierra en la fórmula “debilidades en las contrataciones administrativas”. Con ello me refiero, específicamente, a aquellas situaciones vinculadas a las contrataciones de bienes y

---

<sup>4</sup> Cfr. Nass, Otto, *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración*, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Hannover, 1950, p. 41.

<sup>5</sup> Nieto, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Editorial Ariel, Barcelona, 2008, p. 9 y ss.

servicios -aunque también podría aplicarse a otros tipos de contratos administrativos, como ser de obra pública o concesiones de obra pública- en donde el interés público se ve perjudicado y, consecuentemente, un interés distinto se beneficia.

El contrato administrativo es una herramienta fundamental para garantizar la consecución de las políticas públicas que la Administración debe llevar adelante en aras de realizar el interés general. Ello toda vez que procura obtener los bienes y servicios necesarios (y adecuados) al menor costo posible.

Para ello el contrato administrativo y los mecanismos procedimentales necesarios para aunar el acuerdo de voluntades entre la Administración y los cocontratantes se regulan con normas específicas y fundamentalmente principios rectores y orientadores.<sup>6</sup>

Sin perjuicio de que existen múltiples mecanismos que inciden espuriamente en el debilitamiento de las contrataciones administrativas, centraré la atención únicamente en algunos de ellos, que se vinculan con la confección de pliegos de contrataciones, las figuras de excepción al régimen general de la licitación pública, el pago de recepción definitiva y el pago.

### 1. Hecha la trampa, hecha la ley o de la confección de pliegos o contrataciones a medida

276

La primera de las prácticas irregulares a analizar es la preparación de pliegos de contrataciones dirigidos a obtener un resultado distinto al interés público que se debería intentar alcanzar con la contratación.

Un viejo y conocido refrán reza: “Hecha la ley, hecha la trampa”. De tan antigua data es que ya era conocido por los romanos, quienes lo expresaban de este modo: *Inventa lege, inventa fraude*.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Excede el objeto del presente trabajo abarcar los principios que rigen las contrataciones públicas pero a modo ilustrativo se mencionan los más representativos como ser concurrencia, igualdad, transparencia, entre otros.

<sup>7</sup> Es dable resaltar que a lo largo de la historia, y en diferentes lugares, el tema de la violación de la ley que encierra este refrán tuvo generosa recepción. Así, el primer Diccionario de la Real Academia Española, el llamado Diccionario de Autoridades, toma nota de la expresión en su edición de 1734: “Hecha la Ley, hecha la trampa: Frase con que se explica, que el aumentar nuevas leyes, especialmente en el comercio y trato, suele dar ocasión para que discurran maliciosamente trampearlas, o evadirse de la carga que imponen”. Otro hallazgo interesante fue encontrar que, en *Filosofía antigua poética* (1596), Alonso López Pinciano escribió: “Las leyes justas moderaron esta demasía y ordenaron que ningún cómico traxesse a la acción nombre particular de hombre alguno por los escándalos que dello resultavan, y como, hecha la ley, se inventa la malicia; la inventaron algunos poetas poniendo en sus escritos los propios nombres de los que querían reprehender fuera de las acciones y representaciones”.

De tiempos más recientes, Sebastián Famés en *Paremiología catalana comparada*, comenta que en catalán se usan expresiones con el mismo sentido: “Feta la llei, feta la trampa y Llei nova, trampa nova”.

No obstante la añeja tradición de la elocuente frase de marras, me permito modificar el orden de sus factores y expresar así un concepto un tanto diferente: “Hecha la trampa, hecha la ley”.

La similitud entre ambas frases es grande y tienen las dos un mismo objeto: dejar en evidencia como la práctica violenta el deber ser normativo.

La sutil diferencia radica en que en el primer caso existe una ley –en sentido amplio, entendida como una norma general y abstracta, diseñada a priori sin conocer en concreto a los actores y las diferentes particularidades de las situaciones fácticas sobre las que regirá– que posteriormente es violada por aquellos a quienes va dirigida; en tanto, en el segundo caso, la norma jurídica es redactada teniendo en cuenta específicas y particulares situaciones a regular, y, por sobre todo, generando las condiciones para alcanzar el resultado deseado.

Dentro de este accionar encuadra la inclusión de cláusulas cuyo cumplimiento sólo es posible a uno o algunos oferentes, lo que se conoce como direccionamiento de la contratación. En este sentido, puede señalarse como ejemplos “... la exigencia de requisitos de admisibilidad sin posibilidad de subsanación, tales como estar inscriptos en registros por determinada cantidad de tiempo; certificaciones que, por la naturaleza de la prestación, no resultan relevantes; una antigüedad en el rubro que sólo puede ser cumplimentada por muy pocos oferentes, una capacidad económica que no tiene que ver con la naturaleza de los bienes o servicios que se solicitan, solicitar en el Pliego Técnico características de un producto que sólo puede ser satisfecho por un proveedor (ejemplo medidas o potencia de motores sin admitir sustitutos de la competencia), siendo que otros bienes cumplen acabadamente con la finalidad...”.<sup>8</sup>

Ahora bien, es posible que la Administración detecte una necesidad que sólo puede ser satisfecha por un proveedor. En tal caso puede contratar, pero debe recurrir a los procedimientos de excepción previstos en la contratación directa (por caso, por exclusividad o especialidad) fundando y acreditando expresamente dichos extremos fácticos, conforme se señala en el apartado B) del presente punto.

Va de suyo que, en virtud de la génesis irregular de la norma, el resultado deseado es espurio y por tanto contrario al interés público, interés que debe campar en todo momento cuando de contrataciones administrativas se trata.

Como consecuencia de detectarse la inclusión de cláusulas con estas características dirigidas a favorecer situaciones particulares, corresponde declarar la nulidad de dichas cláusulas y si fueran separables del pliego particular o de especificaciones

---

También nos dice que en Italia existe la expresión: “Fatta la legge, pensata la malizia”. Es interesante observar el parecido de la expresión italiana a la castellana de 1596: “Hecha la ley se inventa la malicia”.

Disponible en: <http://capsuladelengua.wordpress.com/2009/08/08/hecha-la-ley-hecha-la-trampa/>

<sup>8</sup> Cfr. Regazzoni, Carlos Javier (Director), *Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, comentada y concordada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ra ed., 2015, p. 36.

técnicas, deberá continuar el procedimiento de selección. Caso contrario corresponderá declarar la nulidad de todo lo actuado, debiendo en ambos casos iniciarse actuaciones sumariales para deslindar las responsabilidades de los agentes intervinientes.<sup>9</sup>

También puede debilitarse la contratación administrativa cuando se establece en el llamado a ofertar un plazo muy escueto. Así, se resiente fundamentalmente el principio de concurrencia, aunque también el de publicidad, ya que aún siendo un plazo legal, es menester evaluar la razonabilidad de éste en el caso concreto, de acuerdo a las características particulares de la contratación en cuestión.

Otro modo en que se debilita la función de la contratación administrativa resulta ser cuando se produce la modificación de las bases del llamado a licitación pública establecidas en los pliegos una vez realizada la apertura de las ofertas. Es menester destacar que esta acción resulta antijurídica no obstante contar con la anuencia de los oferentes.

De este modo se violentan varios principios de la contratación administrativa como ser la publicidad (toda vez que se modifican los pliegos que fueron publicados para conocimiento de los eventuales oferentes), la concurrencia (ya que atenta contra la participación de interesados en virtud de un plexo normativo que a priori no le resulta atractivo para efectuar una oferta pero que, de modificarse, en el caso a posteriori de la apertura de ofertas, sí resulta atractivo y hubiera sido motivo para presentar su oferta) y la igualdad (entre oferentes que se encontrarán en planos desiguales tras la modificación de la normativa que los rige con posterioridad a la apertura de ofertas).

278

Otra variante irregular vinculada a la anterior resulta cuando se agrega en la contrata cuestiones no previstas en los pliegos de bases y condiciones –cuya jerarquía es superior respecto a la contrata-.

## 2. El abuso de la excepción

Otra situación que vulnera y debilita el sistema de las contrataciones públicas es el abuso de las figuras de excepción al régimen general de contratación que es la licitación pública.

Cabe aclarar que no se trata de cuestionar el uso legítimo de las figuras legales previstas en la contratación directa, sino de poner el foco en aquellos casos en que su uso no es conforme a las previsiones legales sino que lo excede de un modo irregular.

Tanto en el orden nacional como en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la normativa prevé diferentes supuestos de excepción a la licitación pública que suelen englobarse bajo el título de “contratación directa”.<sup>10</sup> Va de suyo que estos

---

<sup>9</sup> Ley N° 2095, de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, BOCBA N° 2557 del 02/11/2006, Art. 11.

<sup>10</sup> La Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 2095, *supra*

supuestos de excepción, por su propia naturaleza y por ser contrarios al principio del régimen general, deben ser de aplicación e interpretación restrictiva por parte de los operadores jurídicos.

Ahora bien, es menester destacar que dentro de los casos de contratación directa se encuentran supuestos con diversos fundamentos que dan causa a la excepción.

Por caso, es posible hacer distinciones ante el supuesto de una contratación directa cuando una licitación ha quedado desierta o fracasada, de aquel donde la contratación directa se da por urgencia.

Si bien en ambos casos se contrata un bien o servicio mediante un procedimiento de selección que no es la licitación pública, su causa es muy diferente y, por lo tanto, los riesgos de afectación o el debilitamiento del sistema de contrataciones públicas es también diferente, cuando se aplica la norma en forma abusiva.

Al respecto, cabe resaltar que a los fines de acceder legítimamente a este régimen de contratación excepcional deben cumplirse estrictamente los requisitos legales –toda vez que una contratación directa no implica una contratación fuera de procedimiento- y en tal virtud debe cumplirse con la correspondiente afectación presupuestaria preventiva, la publicación del acto administrativo que aprueba los pliegos y hace el llamado a contratación por los plazos de ley, la competencia de los agentes para realizar tales actos, la emisión de la orden de compra, etc.; y a su vez, deben acreditarse y fundarse las razones y motivos por los cuales la Administración se aparta del procedimiento general de la licitación pública: esto debe hacerse a través de los informes técnicos y del pedido de la autoridad superior del área requirente como así también explicitarse en la motivación del acto administrativo que habilita la mentada contratación directa.<sup>11</sup>

279

---

nota 8, establece: Artículo 28.- CONTRATACIÓN DIRECTA: La contratación es directa cuando se selecciona directamente al proveedor, debiendo encontrarse dicha medida debidamente fundada y ponderada por la autoridad competente que la invoca en el expediente por el que tramita, sólo en los siguientes casos:...

Los casos que la ley establece se basan, entre otros: urgencia; cuando una licitación o concurso haya resultado desierto o fracasado; proveedores especializados, cuando se trate de bienes o servicios prestados, fabricados o distribuidos exclusivamente por determinada persona o entidad, siempre que no hubiese sustitutos convenientes; cuando medien razones de seguridad pública, de emergencia sanitaria, cuando existan circunstancias extraordinarias o bien imprevisibles derivadas de riesgo o desastre; cuando exista notoria escasez o desabastecimiento en el mercado local de los bienes a adquirir; cuando se trate de reparaciones de máquinas, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria; entre otras.

<sup>11</sup> En este sentido, el Máximo Tribunal Nacional expresó que “la actora no ha invocado ni probado la observancia de estas disposiciones, y la existencia de normas en el orden municipal que permitan la contratación directa en determinados supuestos (vgr. el decreto 725/90) no sirve, en el caso, para justificar la excepción a la regla de la selección por medio de la licitación pública. En efecto, si bien aquéllas posibilitaron que, en situaciones de emergencia, se pudiera contratar

En esta línea, puede afirmarse que las contrataciones directas por razones de **urgencia, especialidad** o por **exclusividad** son las más proclives, cuando se deciden sin fundamento adecuado, a poner en crisis el sistema de contrataciones.

Respecto al requisito de la urgencia, la Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado que éste “debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos y serios que la califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de, funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado; de otro modo podría darse por supuesta una situación de urgencia inexistente, generalizándose así un régimen de excepción que debe, como tal, ser de interpretación y aplicación restrictiva (Dictámenes 89:106; 198:178; 211:155)”.

En tanto, sobre la excepción por especialidad ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación: “Cabe recordar que sobre el punto de la especialidad este Organismo ha sostenido en otras oportunidades que la necesidad de que se compruebe la capacidad científica, técnica o artística del contratado para que la causal sea admisible (Dictámenes 122:255) siguiendo el criterio que ‘la interpretación de las excepciones al requisito de la licitación pública debe ser estricta y considerarse limitada por los fines que la ley persigue al establecerla con carácter general’ (Dictámenes 113:221)”. Asimismo, sostuvo que “La doctrina de los autores reclama como presupuestos de esta excepción: a) la existencia de un ‘ejecutor especializado’; b) la fundamentación documentada de la necesidad de la especialización para la prestación del servicio o ejecución de la obra; c) la demostración de la capacidad especial y que acrediten la profesionalización del cocontratante para la prestación concreta que se solicita y d) la responsabilidad propia y exclusiva del contratado (Dictamen 198:178)”.

280

Por su parte, respecto a este supuesto de contratación directa por exclusividad, la Oficina Nacional de Contrataciones, en su carácter de *órgano rector* del Sistema Nacional de Contrataciones, se expidió en los siguientes términos: “Para que resulte procedente la causal de contratación directa por exclusividad, deberán satisfacerse los siguientes requisitos: 1) Acreditar que se trata de la adquisición de bienes o de la contratación de servicios, cuya venta o prestación es exclusiva de quienes tienen privilegio para ello o que sólo posee una determinada persona física o jurídica.

---

bajo modalidades distintas, para que tal proceder fuera válido, ello debía justificarse mediante los informes pertinentes y con una adecuada motivación de los actos administrativos que determinarían la aplicación del régimen excepcional, acreditando la real existencia de las circunstancias de emergencia” (confr. Fallos: 323:3924).

A su vez, el TSJ de la Ciudad de Buenos Aires en autos “Sanecar SACIFIA c/ GCBA s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario” (05/11/2003) se expidió respecto a la necesidad de la existencia de la afectación presupuestaria previa y de la posterior emisión de la orden de compra para tener por válida una contratación directa.



El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse en el expediente mediante la documentación que compruebe la exclusividad que detenta la persona física o jurídica respectiva sobre la venta del bien o servicio objeto de la prestación. En aquellos casos en que la exclusividad surja de normas específicas, se entenderá acreditada y documentada con la sola cita de las normas pertinentes; 2) Deberá acompañarse en el expediente un informe técnico que acredite la inexistencia de sustitutos convenientes. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes. IV) La causal sub-examine responde a un criterio objetivo, en el sentido que la circunstancia por la que se permite la posibilidad de contratar con un único oferente recae en las cualidades objetivas del bien o servicio que se contrata, por ejemplo, en el hecho que de ese bien o servicio sólo puede ser comercializado por determinado contratista en virtud de un privilegio para ello (Cfr. Dictamen ONC N° 863/12)”.

Estos tres supuestos constituyen vías de excepción que permiten evitar el tránsito por el cauce general para la selección del cocontratante que es la licitación pública a partir de la configuración intencional del supuesto fáctico que plantea la norma, para, a partir de allí, contratar con el proveedor que se desea.

Es por ello que debe ponerse especial celo en el control de este tipo de modalidad de excepción a efectos de preservar la transparencia en las contrataciones y el acabado cumplimiento de los principios que las irradian.

281

### 3. El Parte de Recepción Definitiva y su reflejo (o no) de la realidad

Otro mecanismo fraudulento que corroe la teleología tuitiva de los recursos públicos que persigue el régimen de contratación pública se verifica no ya en las etapas previas de la contratación como hemos visto en los apartados A) y B) del presente punto, sino una vez adjudicada la contratación y prestados los servicios o entregados los bienes.

Al respecto, es dable recordar lo que señala Mairal respecto a la importancia de controlar la ejecución del contrato y no sólo la parte más visible –fundada en el principio de publicidad de los actos de gobierno- que es la licitación:

“Es un contrasentido monitorear cuidadosamente el procedimiento licitatorio y no controlar con igual cuidado la ejecución del contrato. Siguiendo a los Estados Unidos, deberíamos emplear el registro de grado de cumplimiento de los contratos como uno de los factores que debieran incidir en la adjudicación de los nuevos contratos ... Porque de nada sirve adjudicar al proveedor que cotiza el precio más bajo si luego no se controlan las cantidades que entrega o la calidad del producto entregado”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Mairal, Héctor A., “Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, *Revista RAP*, Buenos Aires, 2007.

Llegados a la instancia de ejecución del vínculo contractual, la ley establece que el cocontratante debe cumplir en tiempo y forma con su oferta, con atención a las modalidades y especificidades previstas en los pliegos.

Satisfecha la prestación a cargo del cocontratante, el procedimiento establece que el órgano requirente debe emitir el Parte de Recepción Definitiva (PRD).

En tal sentido, el artículo 118 de la Ley N° 2095 de la Ciudad de Buenos Aires dispone: *Recepción definitiva - Cada entidad debe designar el o los responsables de la recepción definitiva de bienes o de la prestación de servicios, con la única limitación de que esa designación no deba recaer, salvo imposibilidad material debidamente fundada, en quienes hayan integrado la Comisión de Evaluación de Ofertas.*

*A los efectos de la conformidad definitiva, debe procederse previamente a la confrontación de la prestación con las especificaciones del pedido, con la muestra patrón o con la presentada por el adjudicatario y, en su caso, con los resultados de la prueba que fuere necesario realizar, además de lo que dispongan las cláusulas particulares del Pliego de Bases y Condiciones.*

Es en esta instancia donde también puede afectarse la eficiencia del sistema de contrataciones públicas, toda vez que la emisión del PRD puede no guardar un fiel reflejo con la realidad.

Por caso, puede emitirse un PRD respecto a un servicio prestado deficientemente o también vinculado a la recepción de los bienes contratados cuando estos no son exactamente la cantidad declarada (cantidad inferior).

282

#### 4. El pago

El pago es la contraprestación que recibe el cocontratante en el contrato administrativo, tras haber prestado el servicio o haber hecho entrega del bien, y el hecho que permite extinguir la obligación principal a cargo de la Administración.

En virtud de las características de la contratación administrativa, el pago suele acaecer en última instancia dentro del iter procedimental de la contratación.

No obstante hallarse en las postrimerías del contrato, el hecho del pago –esencial para el proveedor del Estado– también requiere de atención por parte de los poderes públicos, a efectos de fortalecer la contratación administrativa y su teleología vinculada al interés público.

Al respecto, señala Mairal: “Todo mecanismo que asegure la automaticidad en el pago una vez verificado el cumplimiento de la respectiva prestación contractual, así como el pago de facturas por estricto orden cronológico favorecerá la transparencia”.<sup>13</sup>

Además, la incertidumbre en los plazos de pagos genera un vicio en las

---

<sup>13</sup> Mairal, Héctor A., *supra* nota 12.

contrataciones administrativas en donde los proveedores resguardan el valor de los términos de intercambio a través de ofertas con precios más altos que los de mercado, sobre todo en contextos inflacionarios tan habituales en nuestro medio.

### III. Corolario. Cómo fortalecer las contrataciones administrativas

Lo expuesto hasta aquí permite vislumbrar la existencia de una fisura o grieta entre el mundo normativo y la realidad o práctica de la Administración.

Esta grieta es, si se quiere, de un grado diferente al abismo lógico insondable que separa al mundo del deber ser (el Derecho) del mundo del ser (la práctica de la Administración) y que fuera señalado por el filósofo empirista David Hume.<sup>14</sup>

Se trata, más bien, de separaciones en el mismo plano, dentro del propio mundo jurídico o deber ser.

No obstante, va de suyo que esa práctica se exterioriza mediante actos propios de la Administración y de sus órganos. Sin embargo, esa exteriorización de la voluntad de la Administración es expresión, aunque de un modo espurio, de un mandato normativo. No es el caso de otras prácticas espurias de la Administración en las cuales, sin cortapisa alguna, se recurre a hechos o acciones sin fundamento normativo.

En este sentido, la preparación de pliegos dirigidos a obtener un resultado distinto al interés público que motivara la contratación o el uso abusivo de figuras de excepción al principio general de la licitación pública –contrataciones directas basadas en la urgencia, especialidad o exclusividad- son acciones que se despliegan dentro del mundo jurídico distorsionando a través de herramientas normativas los fines propios del obrar de la Administración, en esencia, la consecución del interés público.

Es posible que la práctica dentro de la Administración- vinculada a la celeridad, el cumplimiento de metas y otros loables objetivos- atente contra el riguroso cumplimiento de la ley y reduzca los márgenes de acción y de aplicación del Derecho,

283

---

<sup>14</sup> Expone Hume en su *Tratado sobre la naturaleza humana* (Libro III, Parte I, Sección I) del año 1740: “No puedo evitar añadir a estos razonamientos una observación que quizás puede tener alguna importancia. En cada sistema de moralidad que he observado hasta ahora, encuentro siempre que el autor procede algunas veces en la forma ordinaria de razonamiento, y establece la existencia de Dios, o hace observaciones sobre asuntos humanos, cuando de repente soy sorprendido porque, en vez de las usuales copulaciones de proposiciones «es» o «no es», me encuentro con proposiciones ninguna de las cuales no está conectada con un «debe» o «no debe». Este cambio es imperceptible, pero es sin embargo de consecuencias últimas; porque como este «debe», o «no debe», expresa alguna nueva relación o afirmación, ésta debe necesariamente observarse y explicarse; al mismo tiempo debe darse una razón para algo que parece completamente inconcebible: cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son completamente diferentes de ella. Pero como los autores no toman comúnmente esta precaución, debo intentar recomendarla a los lectores; y estoy persuadido que esta pequeña atención subvertiría todos los sistemas vulgares de moralidad; y permite ver que la distinción de vicio y virtud no se encuentra simplemente en las relaciones entre objetos, ni es percibida por la razón”. En tal virtud, no es válido inferir conclusiones normativas a partir de premisas del ser.

tanto específicamente en lo que a contrataciones públicas respecta como así también, desde un punto de vista más amplio, al funcionamiento general de la Administración.

Va de suyo que no se intenta justificar este accionar y que en principio nada obstaría para que la gestión de lo público y el cumplimiento de las normas se realicen en perfecta sincronía, pero lo cierto es que la realidad demuestra, en los distintos niveles de la Administración, que esto no siempre es así.

Siguiendo a Otto Nass, es dable señalar que la respuesta a los problemas planteados en las contrataciones públicas no se encuentra en su totalidad en las normas, sino que es menester recurrir a otras herramientas, como ser, por caso, la Ciencia de la Administración.

Estas líneas carecen de la pretensión de hallar esas respuestas, pero sí encuentra su razón de ser en plantear esta realidad de las debilidades en las contrataciones públicas, explicitar algunas prácticas contrarias al interés público y vislumbrar, en la Ciencia de la Administración, una posible vía de respuesta.

284 Ello implica pensar a la Administración desde un lugar diferente y que puede ser complementario al jurídico. Señala Nass en el prólogo a su obra *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración*: “La idea del intento que yo emprendo con este libro ha surgido gradualmente en el curso de decenios de trabajo administrativo práctico. Por el contacto diario con hombres y cosas, con la experiencia cotidiana, he aprendido a considerar la Administración, prescindiendo de todo artificio lógico, como un simple proceso vital, que sólo puede ser adecuadamente entendido por un modo de pensar que pudiéramos llamar biológico. La usual concepción de la Administración como sistema jurídico-mecánico, que todavía domina el pensamiento científico, no explica suficientemente ni su ordenación existencial, ni su trayectoria histórica, ni la individualidad creadora de las personas en ella actuantes, y, como consecuencia, omite casi enteramente el aspecto psicológico de las acciones administrativas”.<sup>15</sup>

En la Introducción recurría a una pregunta que aparece como leitmotiv ¿puede la ciencia de la administración hacer algún aporte para el fortalecimiento de las contrataciones públicas?

En un sentido más amplio, y teniendo en cuenta que el régimen de contrataciones públicas, con la licitación pública como regla general, persigue el cuidado de los recursos públicos por parte de la Administración, la pregunta puede reformularse y hacerse más extensiva: ¿Puede la ciencia de la administración hacer algún aporte para el fortalecimiento de la Administración?

La respuesta normativa parece ser insuficiente. Los tres casos analizados dan cuenta de que desde el punto de vista jurídico-normativo la cuestión se encuentra reglada adecuadamente y, no obstante ello, la práctica demuestra que el fin de satisfacer el interés

---

<sup>15</sup> Nass, Otto, *supra* nota 4, p. 45.

público del mejor modo posible a través del mecanismo de la contratación pública, falla.

Una vía alternativa para fortalecer el régimen de procedimientos para la selección de los cocontratantes del Estado y mejorar la ejecución contractual con éste puede provenir de la Ciencia de la Administración.

Específicamente, entiendo que habría que fortalecer los controles en los circuitos internos de la Administración, fomentando un eficiente control cruzado concomitante entre los diversos actores que participan en el procedimiento de contratación y en la etapa de ejecución.

Así, por caso, se deben extremar los controles ante los requerimientos de las áreas sustantivas al momento de analizar los pliegos que éstas remiten (caso A) previo a su aprobación y posterior llamado a contratación directa.

Deben realizarse controles para garantizar que los pedidos de contratación se basen en necesidades genuinas del área requirente, adecuadamente justificadas y efectuadas en los plazos previstos en la planificación. En tal sentido, cabe recurrir al Plan Anual de Compras y Contrataciones, el cual no debe ser un mero requisito a cumplir sino que debe erigirse como una herramienta de gestión primordial.<sup>16</sup>

Por su parte, en los casos de solicitud de contratación directa por razones de urgencia, especialidad o exclusividad, (caso B) el criterio para su aprobación debe ser restrictivo.

Asimismo, resulta esencial que se agreguen a las actuaciones la solicitud fundada de la autoridad superior de la repartición requirente donde se expresen claramente los fundamentos que llevan a apartarse del régimen general y que se encuentre acompañada de los informes técnicos correspondientes, en los cuales de manera circunstanciada se dé cuenta de los motivos específicos que fundan la urgencia o la especialidad o la exclusividad según los casos.

Por su parte, con carácter previo a la emisión del PRD, (caso C) resulta conveniente fortalecer los procesos comprendidos entre la entrega material de los bienes, su constatación, la entrega de los documentos comerciales (factura, remito, etc.) y la emisión del PRD.

Ello implica, entre otras cosas, crear un circuito de tres etapas que diferencie al agente o agentes que reciben los bienes y suscriban el remito; un superior que realice un informe donde conste la entrega satisfactoria de los bienes y por último, la emisión del PRD por parte de la persona con competencia para ello.

Finalmente, en lo que respecta al pago (caso D), el expediente electrónico – donde quede registrado el pago- resulta una herramienta muy útil, así como toda sistematización en las áreas correspondientes (Contaduría y Tesorería) que propicie

---

<sup>16</sup> La Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 2095, *supra* nota 8, establece en su art. 12: "Cada unidad ejecutora de programas o proyectos elaborará un Plan Anual de Compras y Contrataciones. Dicho plan debe prever los bienes y servicios que se requerirán durante el ejercicio presupuestario, ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Ciudad de Buenos Aires".

la transparencia en las decisiones de pago.

En esta línea, la creación de manuales de procedimiento – de donde surja información sistematizada y detallada de tareas, responsabilidades y circuitos– puede coadyuvar, junto con el cabal cumplimiento del procedimiento normativo, al fortalecimiento del sistema de contrataciones administrativas. Ello incluye el fortalecimiento de los controles, por caso el control dual, la segregación de funciones, la supervisión y monitoreo, entre otros.

De este modo, tanto las herramientas que establece el derecho administrativo como las que pueden obtenerse a través de la Ciencia de la Administración, permiten desarrollar estrategias de control *ex ante* o concomitantes para prevenir las acciones nocivas descriptas en este trabajo, ofreciendo una respuesta más eficiente a la del castigo penal, siempre *ex post* y, a los efectos de proteger la consecución del interés general, tardía.

#### IV. Bibliografía

Arenilla Sáez, Manuel, “Administración Pública y Ciencia de la Administración: La Administración Pública entre Dos Siglos, Homenaje a Mariano Baena del Alcázar, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010.

286

Hume, David, Tratado sobre la naturaleza humana, 1740.

Mairal, Héctor A., "Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla", Revista RAP, Buenos Aires, 2007.

Nass, Otto, Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Hannover, 1950.

Nieto, Alejandro, El desgobierno de lo público, Editorial Ariel, Barcelona, 2008.

Regazzoni, Carlos Javier (Director), Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentada y concordada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ra ed., 2015.

Sánchez González, José Juan, “Notas sobre la Ciencia de la Administración Pública”, en: Encrucijada, Revista Electrónica del Centro de Estudios en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Segundo Número, mayo-agosto, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Disponible en: <http://revistas.unam.mx/index.php/encrucijada/article/view/58549>.